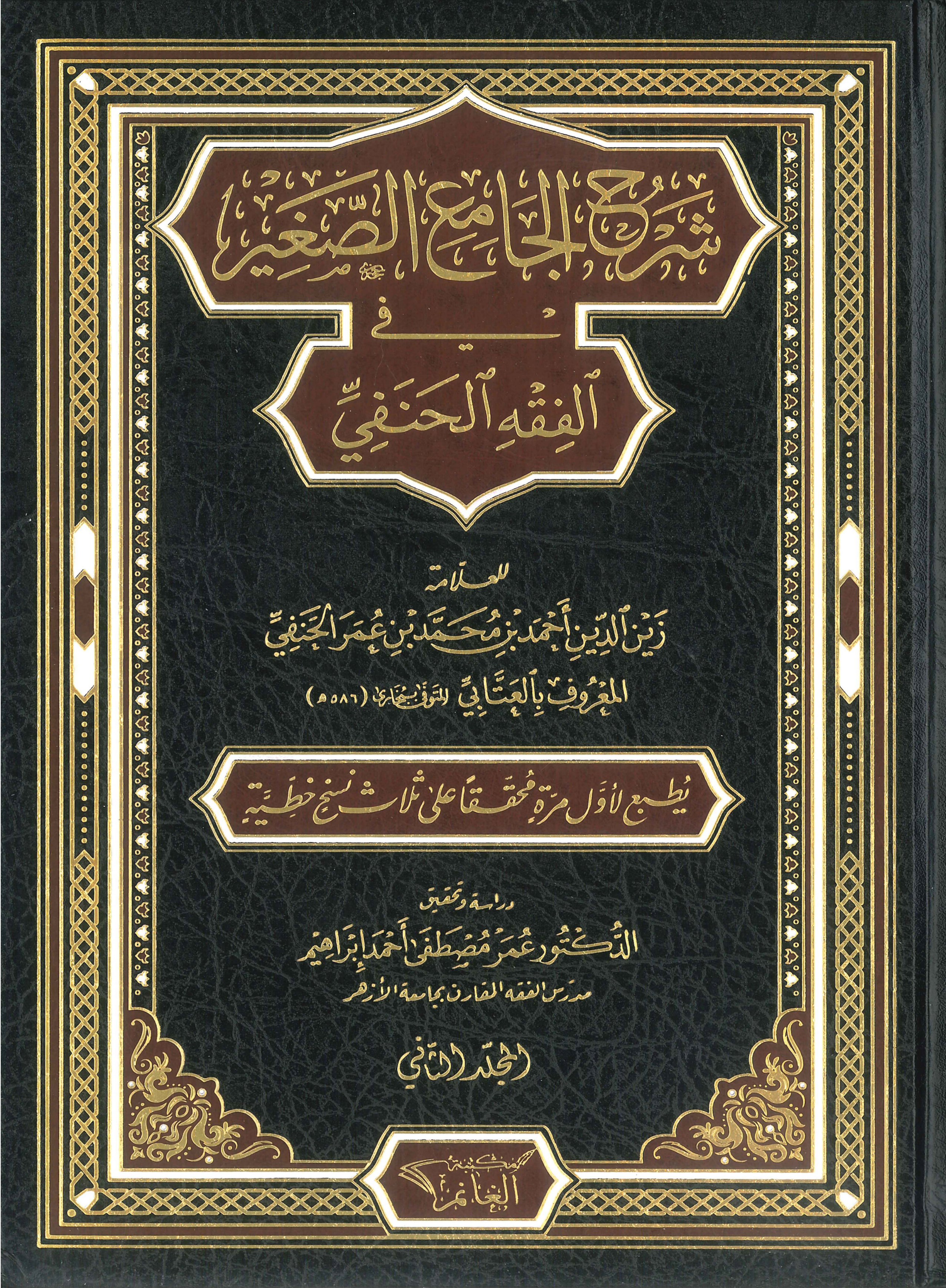
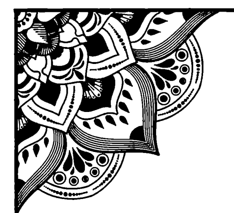

شرح الجامع الصغير
في
الفقه الحنفي
للعلامة
زين الدين أحمد بن محمد بن عمر الحنفي
المعروف بالعتابي المتوفى ببخارى (٥٨٦هـ)
يطبع لأول مرة محققاً على ثلاث نسخ خطية
دراسة وتحقيق
الدكتور عمر مصطفى أحمد إبراهيم
مدرس الفقه المقارن بجامعة الأزهر
المجلد الثاني
مكتبة الغانم

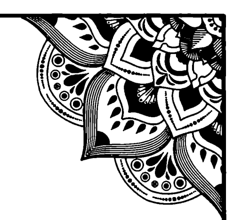



شرح الجامع الصغير
في
الفقه الحنفي







المملكة الأردنية الهاشمية

رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية

(٦٩٢١/ ١٢/ ٢٠٢١)

الحنفي، زين الدين أحمد ابن محمد بن عمر العتابيّ.

شرح الجامع الصغير/ زين الدين أحمد ابن محمد بن عمر العتابيّ الحنفي، تحقيق عمر مصطفى إبراهيم.

عمان: مكتبة الغانم للنشر والتوزيع، ٢٠٢١.

(٨٨٨) ص.

ر. إ.: ٦٩٢١/ ١٢/ ٢٠٢١.

الواصفات: / المسائل الفقهية/ / الأحكام الشرعية/ / الفقه الحنفي/ / الفقه الإسلامي/ .

يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبّر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى.

الطبعة الأولى: ١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م

ردمك: ISBN 978-9923-789-01-8





عمان - الأردن

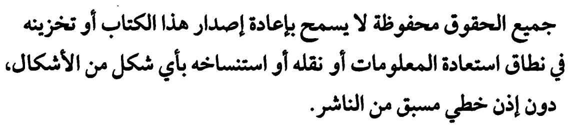
جوال: 00962799170301

Alghanemlibrary@gmail.com

الموزعون المعتمدون دار الكتب العربية

تركيا، إسطنبول

جوال: 00905345271768



للعلامة

زين الدين أحمد بن محمد بن عمر الحنفي

المعروف بالعتابي المتوفى ببخارى (٥٨٦ هـ)

يطبع لأول مرة محققاً على ثلاث نسخ خطية

دراسة وتحقيق

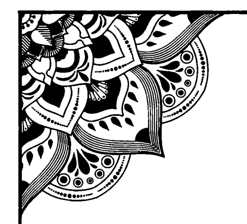
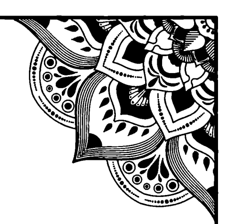
الدكتور عمر مصطفى أحمد إبراهيم

مدرس الفقه المقارن بجامعة الأزهر

المجلد الثاني

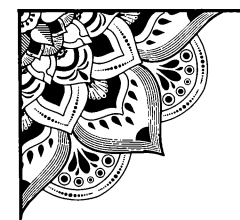
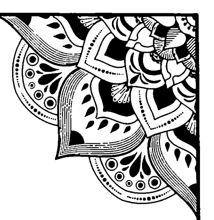




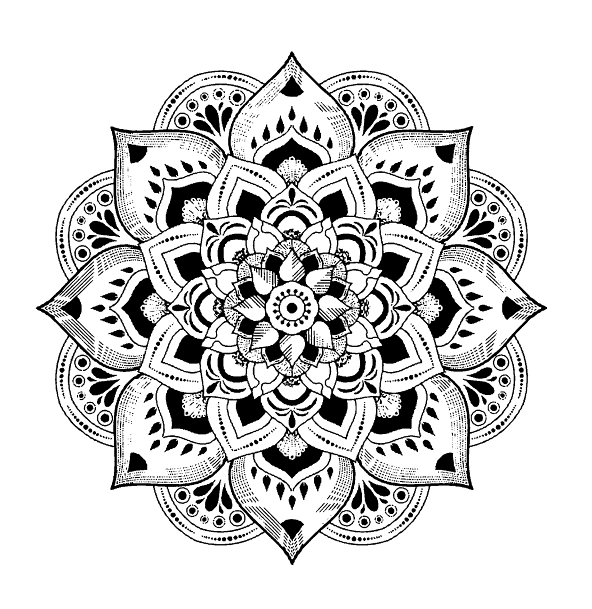
بسم الله الرحمن الرحيم



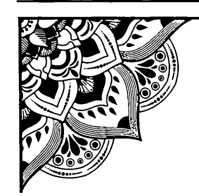




كتاب السرقة









كتاب السرقة(١)

لا قطع في سرقة طير، أو صيد، ولا في فاكهة، ولحم؛ لنقصان إحراز هـذه الأشياء فإنه يتسارع إليها الفساد، وكذلك الصيد يفر، والطير يطير.

---

(١) **السَّرِقَة فِي اللُّغَةِ**، هـي: أخذ الشيء على سبيل الخفية والاستسرار بغير إذن من صاحبه، سواء كان المأخوذ مَالًا، أو غير مال، يقال: سرق الشَّاعِر هـذا المعنى من كذا وكذا، وفلان يسترق الصنعة، وقال تعالى: ﴿ إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ ﴾ [الحجر:١٨] ويقال: سارق الصلاة لمن نقص من أركانها أو أفعالها.

وهي في الشَّرْع: عبارة عن أخذ مال متقوم مقدر من حرز على سبيل الخفية والاستسرار، مع الشرائط المعروفة، فالاسم لغوي، ومعناه الْأَصْلِيّ معتبر فيه، إِلَّا أَنَّه تقيد في الشَّرْع بزوائد لا يعرفها أهل اللُّغَةِ.

وحكم السَّرِقَة إذا وجدت بشرائطها من شخص مكلف مع انعدام الموانع: قطع يده اليمنى، فإن عاد فرجله اليسرى، فإن عاد فالحبس حَتَّى يتوب أو يموت.

دل على ذلك قوله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة:٣٨].

وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَنْ سَرَقَ قَطَعْنَاهُ».

وعليـه الإجماع؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ وَإِنْ اختلفـوا في مقـدار مـا يجب بـه القطع، اتفقوا على أصل الوجوب.

ويعضده المعقول أَيْضًا وهو أن المال محبوب القلوب، ومعشوق الطباع، ونفوس النَّاس إليه مائلة، وطباع البشر إلى إدخاره راغبة وخصوصًا عند تحقق الحاجة ووجود الضرورة من أشخاص لا يردعهم الدين، ولا يزجرهم العقل، ولا تكفهم المرؤة، ولا تردهم الأمانة، فلو لم يشرع القطع والحالة هذه لانهمكوا في الأخذ بالسَّرِقَة إذا عجزوا عن أخذه بالاستيلاء والغلبة فيُؤَدِّي ذلك إلى فساد عظيم وخطب جسيم، فالشَّرْع شرع القطع جزاءً على ذلك حسمًا لهذه المادة وقطعًا لها بأبلغ الوجوه.

وقد قال عليه السلام: «لا قطع في طير»(١).

ولا في خشب غير ساج؛ لأنه يلقي على قوارع الطريق.

ولا في مصحف مفضض؛ لأنه يجوز للقراءة لا للتمول.

ولا في الزرنيخ(٢) **والمغرة**(٣) **والنورة**(٤)؛ لأن هذه الأشياء تلقى على باب الحانوت في الطريق.

ولا في باب المسجد؛ لأن الناس يدخلونه فكان الحرز ناقصًا.

ولا في الطبل والبربط؛ لأنه يحرز للفسق لا للتمول.

ولا في الأشربة المسكرة؛ لأن بعضها ليس بمتقوم بِالْإِجْمَاعِ، وفي بعضها في تقومها خلاف، وإن كان من الشراب الحلال وهو يبقى ولا يفسد ويدخر يجب فيها القطع.

وإن كان شيئًا لا يبقى ويفسد: لا قطع فيه، ولو سرق من خشب الساج، أو بابًا، أو كرسيًا وهو يساوي عشرة دراهم: قطع؛ لأن الصنعة غالبة عليه، وبالصنعة عز وخرج عن حد التفاهة، ويحرز في البيت.

بخلاف الحصير؛ لأنه بالصنعة لم يخرج عن حد التفاهة؛ ألا ترى أنه يبسط في غير الحرز حتى لو كان من الحصر البغدادية: يجب فيه القطع.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق: (١٨٩٠٧)، وابن أبي شيبة: (٢٨٦٠٧).

(٢) **الزرنيخ**: عنصر شَبيه بالفلزات لَهُ بريق الصلب ولونه ومركباته سامة يستخدم فِي الطِّبّ وَفِي قتل الحشرات. المعجم الوسيط: (١/ ٣٩٣).

(٣) **المَغْرة**: طين أحمر يُصبغ بِهِ. المحكم والمحيط الأعظم: (٥/ ٥٢٥).

(٤) **النورة**: حجر الكلس وأخلاط من أملاح الكالسيوم والباريون تسْتَعْمل لِإِزَالَة الشّعْر. المعجم الوسيط: (٢/ ٩٦٢)

ويقطع في سرقة الفصوص والياقوت والزبرجد؛ لأنها تحرز على الكمال.

ولا قطع في سرقة أقل من عشرة دراهم عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله: لا قطع في أقل من ربع دينار[١].

وقال بعضهم: لا يشترط النصاب، واختلفت الآثار فيه وأخذنا بالأكثر احتيالًا لدرء الحدود؛ لقوله عليه السلام: «لا قطع إلا في ثمن الْمِجَنِّ»[٢].

وقد روي جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أن قيمة المِجَنِّ في ذلك الوقت كان عشرة دراهم.

ويقطع بالإقرار مرة في قول أبي حنيفة؛ لحديث صفوان وليس فيه شرط العدد.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يقطع ما لم يقر مرتين امتيازًا عن حقوق ليس فيها عدد.

وروي في رواية أخرى: أنه يشترط الإقرار مرتين في مجلسين.

ولو سرق من ذي رحم محرم: لم يقطع؛ لنقصان الحرز؛ لأنه مأذون بالدخول فيه.

رجل سرق ويده اليسرى مقطوعة أو شلاء: لم تقطع يمينه؛ لأنه يكون إهلاكًا.

ولو كان إبهامه اليسرى مقطوعة، أو شلاء، أو أصبعان منها سوى الإبهام: فكذا لم تقطع يمينه، وكذلك لو كان إبهامه اليسرى وحدها مقطوعة لم تقطع؛ لأن الإبهام من جانب فأربع الأصابع من جانب.

---

(١) جاء في الغاية في اختصار النهاية: (٧/ ٨٧): فإن كان المسروقُ متاعًا، فقد اتَّفقوا على أنَّه لا يُقطع في أقلَّ من ربع دينار مسكوك.

(٢) أخرجه البخاري برقم: (٦٧٩٤)، ومسلم برقم: (١٦٨٥).

ولو كان المقطوع أصبعًا واحدًا غير الإبهام: قطع يمينه.

وفي باب الكفارات: فوات أصبعين غير الإبهام من كل يد لا يمنع الكفارة ما لم تفت الثلاث سوى الإبهام، وهنا فوات الأصبعين من اليسرى غير الإبهام يمنع قطع اليمين؛ لأن المانع هو الهلاك وذلك بفوات أكثر الأصابع؛ لكن في باب العقوبة قام فوات أصبعين مقام فوات الأكثر في منع قطع اليمين احتيالًا لدرء الحد، ولا كذلك في الكفارة.

السارق أخذ المتاع ولم يخرجه من الدار: لم يقطع.

فإن هلك في يده في الدار هل يضمن؟ الصحيح: أنه يضمن؛ لأنه وجد النقل فكان غاصبًا.

وإن كان دارًا فيها مقاصير فأخرجها من المقصورة إلى الدار: قطع؛ لأن كل مقصورة بمنزلة دار على حدة؛ لأن كل مقصورة لرجل آخر، فصارت الدار بمنزلة السكة؛ ولهذا لو سرق واحد من أهل المقصورة من مقصورة أخرى يقطع.

رجل سرق شيئًا فرماه خارج الدار، ثم خرج هو وأخذه: قطع؛ لأنه معهود في السرقة.

فإن لم يأخذه بعد ذلك: لم يقطع؛ لأنه تبين أن مقصوده التضييع دون السرقة.

وإن ناول صاحبًا له خارج الدار: لم يقطع وأحد منهما؛ لأن الذي ناول لم يوجد منه إخراج، والذي أخذ منه لم يوجد منه هتك الحرز بالدخول.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن الذي في الدار إن أخرج يده وناوله صاحبه: قطع هو؛ لأنه وجد منه هتك الحرز والإخراج.

وإن دخل الخارج يده وأخذ منه: لم يقطع واحد منهما؛ لأنه لم يوجد من الداخل

إخراج، ولا من الخارج الدخول.

إبل قيام واقفون أو يسيرون، وعليها أحمال، وصاحب الإبل يقودها، فسرق رجل جملًا من الإبل، فإن شق الحمل وأخذ المتاع: قطع، وإن لم يشق لكن أخذ الحمل كله مع الجوالق: لم يقطع؛ لأن صاحب الإبل إذا كان قائدًا، أو سائقًا كان قصده السوق والقود لا الحفظ، فكان الحرز هو الجوالق، فإذا شق الجوالق، فقد هتك الحرز: فيقطع.

وإذا أخذ الحمل مع الجوالق: لم يوجد هتك الحرز؛ لأن حرزه بحفظ صاحبه، وصاحبه غير قاصد حفظه، حتى لو كان مع الجمل رجل يحفظه فسرق الجمل مع الجوالق: يقطع؛ لأنه وجد هتك الحرز.

ولو كان صاحب الجمل على الجوالق وهو نائم، أو غير نائم: قطع سارق الجوالق؛ لأنه محرز بصاحبه.

ولو طَّر صرَّة وهو خارج الكُمِّ وأخذ الدراهم: لم يقطع؛ لأنه ما أدخل يده في الكُمِّ.

ولو أدخل يده في الكُمِّ وطرَّ وأخذ: قطع؛ لأن هتك الحرز قد وجد.

ولو حل الرباط وأخذ الدراهم، فإن كان الدراهم وضعها في خارج الكُمِّ ورباطها داخل الكُمِّ فأدخل يده في الكُمِّ وحل الرباط، ثم أخرج يده، وأخذ الدراهم من الخارج: لم تقطع يده؛ لأنه لم يأخذ الدراهم من الحرز.

وإن كان وضع الدراهم في باطن الكُمِّ ورباطها خارج الكُمِّ فحل الرباط من الخارج، ثم أدخل يده في الكم وأخذ الدراهم: قطع؛ لأنه أخذ الدراهم من الحرز.

قوم سرقوا فتولى واحد حمل المتاع: قطعوا جميعًا استحسانًا؛ لأنه معهود بين السراق، والقياس أن يقطع الحامل وحده.

ولو سرق ثوبًا فشقه في الدار بنصفين، ثم أخرجه: قطع.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: لا يقطع.

هذا إذا لم تنتقص قيمته عن عشرة دراهم بسبب القطع، فإن انتقص لم يقطع بِالْإِجْمَاعِ.

لأبي يوسف رحمه الله: أن الشق سبب الملك؛ لأنه سبب الضمان فأخرجه وله فيه سبب الملك فصار شبهة.

ولهما: أنه ليس سبب الملك في الحال، وإنما يصير سببًا عند أداء الضمان مستندًا وفي ذلك شك واحتمال، وهذا لا يعتبر شبهة؛ ألا ترى أن الأخذ يحتمل أن يصير شيئًا للملك ومع هذا لم يعتبر شبهة.

ولو سرق شاة فذبحها، ثم أخرجها: لم يقطع؛ لأنها صارت لحمًا قبل السرقة، ولا يقطع في اللحم.

ويقطع السارق بخصومة الغاصب، والمودع، وصاحب الربا ـ أراد به إذا باع عشرة بعشرين وقبض العشرين فسرق منه إنسان ـ.

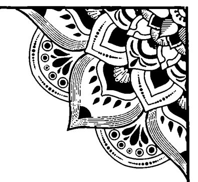
وقال زفر رحمه الله: لم يقطع بخصومة هؤلاء.

لنا: أن المودع والغاصب يحتاجان إلى إعادة يدهما حتى يتمكنا من رد العين إلى المالك فيكونا خصمًا كرب الوديعة.

وأجمعوا على أن السارق من السارق بعد قطع السارق الأول لا يقطع بخصومة السارق الأول، ولا بخصومة المسروق منه؛ لأن عصمة المحل قد اختلت بقطع يد السارق الأول، والله أعلم.







باب ما يقطع فيه

رجل سرق ذهبًا أو فضة مقدار ما يجب فيه القطع فصنعها دراهم أو دنانير، فعند أبي حنيفة: يقطع ويرد المسروق إلى المسروق منه؛ لأن السارق بهذه الصنعة لم يملكها؛ لأنه ما صيرها هالكةً من وجه فيردها إلى الملك، ويجب القطع بسبب السرقة.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يملكها السارق بهذه الصنعة؛ لأنه أحدث فيه صنعة متقومة، وهل يقطع عندهما؟

قال بعضهم: لا يقطع؛ لأنه ملك المسروق ولكن يجب عليه للمالك مثل المأخوذ.

وقال بعضهم: يقطع ولا شيء عليه؛ لأن المسروق قد تبدل فلم يملك عين المسروق.

ولو كان غاصبًا، هل يملكها بهذه الصنعة؟ فهو على الخلاف.

ولو سرق ثوبًا فبصغه أحمر فقطع فيه: لم يؤخذ منه الثوب، ولم يضمن قيمة الثوب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: يؤخذ منه الثوب ويعطيه صاحب الثوب ما زاد في القيمة بسبب الصبغ؛ لأن بالصيغ لا ينقطع حق المالك في باب الغصب بِالْإِجْمَاعِ فكذا هنا.

وهما فرقا بين السرقة والغصب، فقالا: بأن في السرقة حق السارق في الصنع قائم صورةً ومعنىً بدليل أن المالك لو أخذ الثوب يعطيه قيمة الصبغ، وحق المالك في

الثوب قائم صورةً لا معنىً بدليل أنه لو أتلفه السارق قبل القطع أو بعده: لا يضمن شيئًا، فإذا اجتمع الحقان وتعذر مراعاة كلا الحقين فمراعاة ما هو قائم صورةً ومعنىً أولى من مراعاة ما هو قائم صورةً لا معنىً.

بخلاف الغاصب؛ لأنه ثمة حق المالك في الثوب قائم صورةً ومعنىً كحق الغاصب في الصبغ ورجحنا جانب المالك؛ لأن الغاصب جاني فيأخذ المالك الثوب ويعطي الغاصب ما زاد الصبغ فيه.

وإن صبغه السارق أسود، فعند أبي يوسف رحمه الله: لم يؤخذ منه الثوب كما لو صبغه أحمر، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: يؤخذ منه الثوب؛ لأن السواد نقصان فلم يكن حق السارق في الصبغ قائمًا معنى؛ لأنه لم يردد قيمته بسبب الصبغ فاستويا، فرجحنا جانب المالك؛ لما قلنا.

رجل سرق عينًا فقطع فيه، فإن كان العين قائمًا يردها على المالك، وإن هلك أو استهلكه: لم يضمن عندنا.

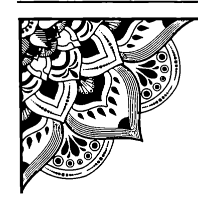
خلافًا للشافعي رحمه الله[1].

لنا: أن التقوم ينبني على عصمة العين، ولم تبق العصمة حقًا للعبد؛ لأنه وجب القطع حقًا لله تعالى، ولا يمكن شرع القطع حقًا لله تعالى مع بقاء حق العبد؛ لأن قيام حق العبد يوجب الضمان، ووجوب الضمان ينافي القطع؛ لأن بوجوب الضمان لم يبق أخذ المال تفويتًا معنى، والقطع تفويت صورة ومعنى فتنعدم المماثلة فثبت أن شرع القطع ينافي بقاء العصمة حقًا للعبد، والله تعالى أعلم بالصواب.



---

(١) جاء في تقويم النظر: (٤/ ٥١١): القطع والغرم. المذهب: يجتمعان. عندهم: لا يجتمعان.




باب قطع الطريق

ومن قطع الطريق في المصر، أو بين الكوفة والحيرة وهي أول منزل الكوفة: لم يجب حق القطع استحسانًا؛ لأن قطع الطريق إنما يحصل بانقطاع المارة وفي هذا الموضع لا ينقطع المرور فلم يكن قاطع الطريق.

بخلاف المفازة؛ لأن ثمة ينقطع مرور الناس ما لم يظهر إلا من يتقي اللصوص.

ولو قطعوا في المفازة، وأخذوا المال وما قتلوا أحدًا: فالإمام يقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف؛ يعني اليدي اليمنى والرجل اليسرى.

وإن قتلوا، وما أخذوا المال: قتلهم الإمام، ولم تقطع أيديهم وأرجلهم.

هكذا قضى رسول الله ﷺ في أصحاب أَبِي بُرْدَةَ.

وإن قتلوا وأخذوا المال فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: الإمام بالخيار: إن شاء قطع اليد والرجل من خلاف ثم قتل، وإن شاء قتل ولم يقطع.

وعند محمد رحمه الله: يقتل ولا يقطع؛ لأن القطع والقتل حد، وقطع الطريق جناية واحدة، فلا يجمع بين الحدين بسبب جناية واحدة؛ لكن يتغلظ جزاؤه بأن يقتل لتغلظ الجناية.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أن الجناية متحدة من وجه: من حيث أن قطع الطريق واحد، ومتعددة من وجه: من حيث أن قطع الطريق حصل بجنايتين بالقتل وبأخذ المال، فالإمام إن شاء مال إلى جهة الاتحاد وجازاه بجزاء واحد وغلظ

في وصفه وقتله، وإن شاء مال إلى جهة التعدد وقطع وقتل، وأنه حد واحد وإن اشتمل على عقوبتين، كما أن الجناية واحدة من حيث كونها قطع الطريق، وإن اشتملت على فعلين، ثم هل يصلب القاطع مع ذلك؟

فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: الإمام بالخيار: إن شاء صلب، وإن شاء ترك الصلب؛ لأن الله تعالى خير في الصلب بقوله عز وجل: ﴿أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ﴾ [المائدة: ٣٣] وكلمة أو للتخيير.

وعند أبي يوسف: يصلب لا محالة.

وقوله: ﴿أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ﴾ [المائدة: ٣٣] معناه ويُصَلَّبُوا.

واختلف المشايخ رحمهم الله في كيفية الصلب:

قال الطحاوي رحمه الله: يقتل ثم يصلب.

وقال الكرخي رحمه الله: يصلب حيًا، ثم يطعن برمح تحت ثُنْدُوَتِهِ[1] اليسرى حتى يموت، وإذا صلب يترك على خشبة ثلاثة أيامٍ؛ ليعتبر الناس؛ ثم يخلى بينه وبين أهله حتى يدفنوه؛ كيلا يتأذى الناس من نتنه.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يترك كذلك حتى يتقطع فيتساقط.

وإذا قتل الإمام قاطع الطريق: فلا ضمان عليه في مال أخذه إن هلك أو استهلك ولا في نفس قتل؛ لأن الحد مع الضمان لا يجتمعان كما في السرقة الصغرى، وفي كل موضع سقط الحد لمكان الشبهة يجب ضمان المال.

والقصاص في النفس والجراحات إن كان موجبًا القصاص على القاتل

---

(١) **الثندوة**: بفتح الأول والواو أو بالضم والهمز مكان الواو والدال في الحالتين مضمومة ثدي الرجل أو لحم الثديين. المغرب في ترتيب المعرب: (ص٧٠).

والجارح وتجب الدية والأرش إن لم يكن موجبًا للقصاص وتكون ولاية الاستيفاء لولي القتيل.

ولو تولى واحد من القطاع قتل أهل القافلة: قتلوا جميعًا؛ لأن القتل شرط فيكتفى بوجوده من البعض.

ويستوي فيه أن لو كان القتل بالسيف أو الحجر أو الخشب؛ لأن قتلهم كان بطريق الحد لا بطريق القصاص حتى يشترط التساوي.

ولو كان في القافلة من هنا ذو رحم محرم من واحد من القطاع: لم يجب الحد عليهم.

قال أبو بكرٍ الرازي: تأويل المسألة: إذا كان المال مشتركًا بين أهل القافلة حتى لا يجب الحد عليهم باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم، فيصير شبهة في الباقي باعتبار الشركة، وإن لم يكن المال مشتركًا ولم يأخذوا المال إلا من ذي الرحم المحرم فكذلك.

أما إذا أخذوا المال من الكل: يجب الحد.

باعتبار أخذ المال من غير ذي الرحم المحرم، والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن قطع الطريق واحد، فإذا لم يكن موجبًا للحد باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم لا يكون موجبًا باعتبار نصيب الباقين.

ولو أخذوا المال، ولم يقتلوا لكن جرحوا: قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، وبطل ضمان الجراحات.

ولو جرحوا، ولم يأخذوا المال، ولم يقتلوا: لم يجب الحد، ويجب القصاص في الجراحات فيما فيه القصاص، والأرش فيما فيه الأرش، ولو لم يأخذوا المال، ولم يقتلوا، ولم يجرحوا حتى أخذوا: فإنهم يعزرون، ولا يبلغ التعزير أربعين سوطًا،

وحبسوا حتى يحدثوا التوبة، وإن أخذوا المال وقتلوا، ثم أخذوا بعدما تابوا: سقط عنهم الحد؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡ ﴾ [المائدة: ٣٤].

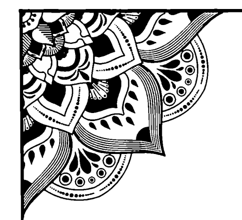
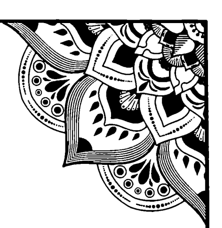
ويجب القصاص وضمان المال وولاية الاستيفاء للأولياء، على ما مر.

رجل شهر على رجل سلاحًا فقتله المشهور عليه: لا شيء عليه سواء كان ذلك في المصر، أو في غير المصر، في الليل، أو النهار؛ لأن السلاح لا يلبث، فلا يمكنه أن يستغيث بغيره فيضطر إلى دفع شره.

وإن شهر عليه عصًا فقتله المشهور عليه، فإن كان في الليل: فلا شيء عليه سواء كان في المصر، أو في غيره؛ لأنه لا يمكنه أن يستغيث بغيره.

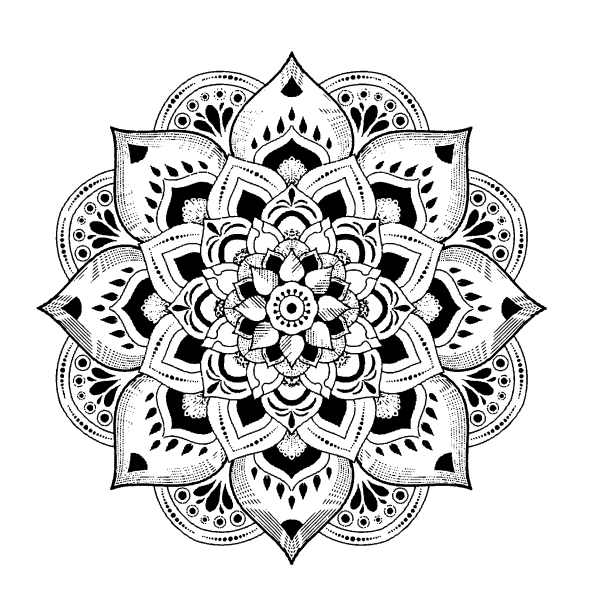
وإن كان في النهار في المصر: يجب القصاص على المشهور عليه؛ لأن العصا تلبث، وأمكنه أن يستغيث بالناس، فإن كان عصًا كبيرةً لا تلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.



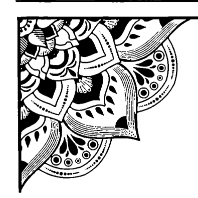



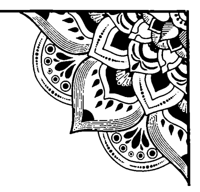
كتاب السِّيَرِ









كتاب السِّيَرِ(١)

رجل وامرأته ارتدا معًا ـ نعوذ بالله سبحانه وتعالى ـ ولحقا بدار الحرب: لم يبطل نكاحهما، ولو ولد لهما، ثم ولد لهذا الولد ولد، ثم ظهر عليهم: فالأم والولدان فيء؛ لأن المرتدة تسبى فكذا ولدها، والولد الأول مجبر على الإسلام تبعًا للأبوين.

وهل يجبر ولد الولد؟

في ظاهر الرواية: لا يجبر.

---

(١) **السِّيَرُ**: جمع سيرة وهي الطَّرِيقة المختارة خيرًا كانت أو شرًا، يقال: فلان سار في النَّاس بسيرة العمرين، يعني بسيرة أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وفلان يسير سيرة حسنة، وفلان يسير سيرة سيئة؛ يعنون الطَّرِيقة.

وتسمية الكتاب بذلك؛ لِأَنَّهُ يشتمل على بيان طرائق النَّبِيّ ﷺ وأصحابه في المغازي، ومعاملات أهل الحرب، ومزاولاتهم، وما نقل عنهم في ذلك، ثم السيرة في مقاتلة أهل البغي ومصاولتهم دخلت في ذلك وإِنْ لَمْ يكن في زمن النَّبِيّ عَلَيْهِ السَّلَامُ؛ لِأَنَّهَا من جنس قتال أهل الحرب.

ثم قتال أهل الحرب فرض على الكفاية إذا قام به فريق من النَّاس سقط عن الباقين؛ كغسل الميت، والصَّلَاة على الجنازة، ودفن الموتى، وطلب العلم في الدين والقيام به وتعليمه.

دل على ذلك قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ ﴾ [البقرة:٢١٦].

وقوله: ﴿وَقَٰتِلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً كَمَا يُقَٰتِلُونَكُمْ كَآفَّةً ﴾ [التوبة:٣٦] إلى غيرها من الآيات.

وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاس حَتَّى يَقُولُوا: لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ» الحديث.

وروي عن أبي الْخَصَاصِيَّةِ أن رسول الله ﷺ اشترط عليه في البيعة أن تشهد أَنَّ لا إِلَهَ إلاَّ اللهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللهِ، وَتُصَلِّي الْخَمْسَ، وَتَصُومُ شَهْرَ رَمَضَانَ، وتحج البيت حجة الإِسْلَام، وَتُؤَدِّي الزَّكَاةَ، وتجاهد في سبيل الله.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه يجبر، وهذا بناء على أن في الجبر على الإسلام رجاء الإسلام، وفي حقيقة الإسلام الولد يتبع الأبوين بِالْإِجْمَاعِ، ولا يتبع الجد في ظاهر الرواية.

وعلى رواية الحسن: يتبع الجد، وكذا في الجبر على الإسلام، وهنا أربع مسائل:

إحداها: هذه.

والثانية: الجد إذا أعتق لا يجز، ولا ولد الولد في ظاهر الراوية.

وفي رواية الحسن: يجز.

والثالثة: لا يجب على الجد صدقة الفطر عن ولد ولده في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن: يجب.

والرابعة: إذا أوصى لذوي قرابتههل يدخل الجد؟ فعلى الروايتين.

قوم عرب من أهل الحرب وهم من أهل الكتاب أرادوا أن يعطوا الجزية ويصيروا ذمة: جاز ضرب الجزية عليهم؛ لأن النبي ﷺ «صَالَحَ بني نجران على ألف ومائتي حُلَّةٍ»[١] وهم كانوا نصارى العرب، والحلة اسم لثوبين، وعمر رضي الله عنه صالح بَنِي تَغْلِبَ على الصدقة المضاعفة وهم نصارى العرب.

وإن لم يقبلوا الجزية: جاز استرقاقهم؛ لأن كل من جاز ضرب الجزية عليه إذا قبل الجزية يجوز استرقاقه إذا لم يقبل الجزية.

ولا يجوز قبول الجزية من مشركي العرب؛ لقوله عليه السلام «لا يقبل من مشركي العرب إلا السيف أو الإسلام»[٢].

---

(١) أخرجه أبو داود برقم: (٣٠٤١).

(٢) بنحوه أخرجه عبد الرزاق في المصنف برقم: (٩٤٠٤).

وإن ظهر عليهم يسترق نسائهم وصبيانهم دون رجالهم؛ لأنه يحل قتل الرجال، ولا يحل قتل النساء والصبيان، ومن لا يحل قتله جاز استرقاقه؛ ألا ترى أن النبي عليه السلام استرق نساء هوازن وصبيانهم والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين استرقوا نساء بني حنيفة وذراريهم.

والجواب في المرتدين ما ذكرنا في مشركي العرب أنه لا تقبل منهم الجزية، وتقتل رجالهم وتسبى نسائهم وذراريهم إلا أن يسلموا قبل القهر فإن بني حنيفة ارتدوا بعد وفاة النبي ﷺ ـ نعوذ بفضل الله عز وجل من عدله ـ فالصحابة رضوان الله عليهم أجمعين استرقوا نساؤهم وذراريهم إلا أن أولاد المرتدين يجبرون على الإسلام تبعًا لآبائهم، فإن المرتد يجبر على الإسلام أي يحبس ثلاثة أيامٍ فإن أسلم، وإلا فيقتل.

وأولاد المشركين لا يجبرون على الإسلام؛ لأن آبائهم لا يجبرون يعني لا يحبسون بل يعرض عليهم الإسلام، فإن أبوا يقتلون.

الإمام إذا وادع أهل الحرب على مال أي أمنهم على مال عند حاجة المسلمين إلى ذلك يجوز ليستعد المسلمون على القتال أما بغير حاجة لا يجوز؛ لأن بهذه الموادعة لم يصيروا ذمة لنا من كل وجه ولهذا لا تلزمهم أحكامنا فلا يجوز إلا عند الضرورة بأن كان بالمسلمين ضعف فيتهيئوا أسباب القتال.

ويجوز موادعة المرتدين بغير مال حتى يتألموا فيندموا، وبالمال لا يجوز؛ لأنه يصير بمعنى ضرب الجزية عليهم، ولا جزية على المرتدين لكن مع هذا لو أخذ الإمام المال لا يرد عليهم؛ لأن هذا مال لا عصمة له.

وإذا لحق بدار الحرب فللقاضي أن يقضي بعتق أمهات أولاده ومدبريه من الثلث.

وإذا قضى تحل ديونه، وقسم ماله بين ورثته، وأما قبل القضاء بلحاقه: فحكمه بعد

اللحاق كحكمه قبل اللحاق؛ لأن موته بالردة إنما يتقرر بقضاء القاضي فقبل القضاء لم يكن متقررًا حتى لو عاد بعد القضاء بلحاقه مسلمًا أو مرتدًا، ثم أسلم: فلا سبيل له على أمهات الأولاد والمدبرين؛ لأن قضاء القاضي قد نفذ فلا يبطل من بعد.

وكذلك كل ما أزاله الوارث عن ملكه ببيع، أوهبة، أو عتق، أو بكتابة عبد: فلا سبيل له على ذلك إلا ما كان قائمًا في يد الوارث فله أن يأخذه؛ لأنه إنما قضى للوارث لاستغنائه، فإذا عاد مسلمًا احتاج إليه.

وكذلك إذا كان بدل الكتابة قائمًا: فله أن يأخذه، ويكون الولاء له؛ لما قلنا.

وإن عاد مسلمًا قبل قضاء القاضي بلحاقه كان كأنه لم يزل مسلمًا فله أن ينقض تصرفات الوارث، وتكون الجواري أمهات الأولاد والمدبر مدبرًا كما كان.

مرتد لحق ببعض أمواله إلى دار الحرب وقضى بلحاقه، ثم عاد وذهب بباقي الأموال، ثم ظهر على تلك الأموال فما ذهب به قبل القضاء بلحاقه: فهو فيء للمسلمين لا سبيل للوارث عليه؛ لأنه ما صار ملكًا للوارث.

وما ذهب بعد القضاء بلحاقه فهو فيء أيضًا؛ لكن لوارثه المسلم أن يأخذه بالقيمة إن شاء؛ لأنه حين قضى القاضي بلحاقه صار ماله الذي في دار الإسلام ملك وارثه، فإذا ذهب به إلى دار الحرب فصار بمنزلة الْحَرْبِيّ استولى على مال مسلم، ثم ظهر على ذلك المال: كان للمالك القديم حق أخذ المال بالقيمة إن شاء، كذا هنا.

تصرفات المرتد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله نحو البيع، والهبة، والإعتاق، والتدبير، وعندهما رحمهما الله: نافذة؛ لأن عندهما الملك [نافذ][1] فتنفذ تصرفاته.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: يوقف ملكه فتتوقف تصرفاته إن أسلم ينفذ، وإن مات،

---

(١) في النسخة (ب) ثابت.

أو قتل على ردته، أو لحق وقضى بلحاقه ـ نعوذ بالله سبحانه وتعالى ـ يبطل تصرفاته؛ لأن حاله موقوف بين أن يصير حيًا بالإسلام فيكون ملكه باقيًا فينفذ تصرفه، أو يتقرر موته بالقتل على الردة، أو بقضاء القاضي بلحاقه فيكون ملكه زائلًا فيكون تصرفه باطلًا.

وعندهما رحمهما الله: ينفذ تصرفه لكن عند محمد رحمه الله من ثلث ماله؛ لأنه بمنزلة المريض مرض الموت؛ لأن الظاهر من حاله أنه إذا أعتقد شيئًا أنه لا يتحول عن ذلك فيقتل أو يلتحق بدار الحرب.

وعند أبي يوسف: ينفذ تصرفه من جميع ماله كالصحيح؛ لأن المرض ما يكون فيه من غير اختياره، والمرتد مختار في بقائه على الردة فطلاقه صحيح بالاتفاق؛ لأنه يعتمد قيام النكاح، وإذا ارتدا معًا ـ نعوذ بفضل الله تعالى من عدله ـ كان النكاح باقيًا بالاتفاق.

وكذا يصح استيلاده؛ لأنه لا حاجة فيه إلى حقيقة الملك، بل حق الملك يكفي لصحة الاستيلاد.

وكذا يصح تسليمه بالشفعة؛ لأنه لم يتعلق به حق الوارث الآخر، فأما تزوجه في حالة الردة وذبيحته باطل.

ولو ارتد، ولحق، وقضى القاضي بلحاقه، وله مال اكتسبه في حالة الردة ومال اكتسبه في حال الإسلام، فعند أبي حنيفة رحمه الله: ما اكتسبه في حال الإسلام فهو لورثته، وما اكتسبه في حال الردة فهو فيء للمسلمين.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الكسبان جميعًا لورثته.

وهذا بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله تصرفه في حال الردة موقوف، فإذا لحق وقضى بلحاقه تبين أن تصرفه كان باطلًا، ولم يثبت له الملك: فلا يكون لورثته فيصير فيئًا.

وعند أبي يوسف ومحمد: تصرفه نافذ، والملك له ثابت فينتقل ذلك إلى وارثه.

وعند الشافعي رحمه الله الكسبان جميعًا فيء[(١)]؛ لأنه لا يرث المسلم من الكافر.

ولنا: أن الردة موت فإذا تقرر بالقتل أو باللحاق ظهر موته من وقت الردة، فقولنا: مسلم ارتد، بمنزلة قولنا: مسلم مات، والمسلم إذا مات يرث منه المسلم فكذا إذا ارتد؛ لأن الردة موت حكمًا، فإن أسلم فالكسبان ماله بالاتفاق. **ويعرض الإسلام على المرتد حرًا كان أو عبدًا فإن أسلم وإلا فيقتل.**

والمرتدة لا تقتل؛ بل تحبس حرة كانت أو أمة.

والأمة يجبرها مولاها.

وقال الشافعي رحمه الله: تقتل[(٢)]؛ لقوله عليه السلام «من بدل دينه فاقتلوه»[(٣)].

ولنا: أن المرأة ليست من أهل الحراب، ودار الجزاء دار الآخرة لقوله تعالى:

---

(١) جاء في المعاني البديعة: (٢/ ١٧٨): عند الشافعي وابن عباس وعلي في إحدى الروايتين وعمر وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأحمد وأكثر العلماء إذا مات المرتد أو قتل كان ماله فيئًا، سواء في ذلك ما اكتسبه في حال الردة أو في حال الإسلام.

وعند الأوزاعي وأبي يوسف ومحمد وابن مسعود وإحدى الروايتين عن علي وأحمد: يكون ذلك لورثته، سواء كسبه قبل الردة أو بعدها.

وعند عمر بن عبد العزيز وقتادة وعلقمة يكون ميراثه لأهل ملته التي انتقل إليها.

وعند أبي حنيفة والثوري ما اكتسبه في حال الإسلام لورثته من المسلمين، وما اكتسبه في حال ردته يكون فيئا، وإن لحق بدار الحرب كان لحوقه كموته.

وعند داود لورثته من أهل الدين الذين ارتد إليهم، وبه قال أحمد في رواية ثالثة.

(٢) قال الإمام الشافعي في الأم: (١/ ٢٩٤): ومن انتقل عن الشرك إلى إيمان، ثم انتقل عن الإيمان إلى الشرك من بالغي الرجال والنساء استتيب، فإن تاب قبل منه، وإن لم يتب قتل.

(٣) أخرجه البخاري برقم: (٣٠١٧).

﴿ٱلۡيَوۡمَ تُجۡزَىٰ كُلُّ نَفۡسِۭ بِمَا كَسَبَتۡ﴾ [غافر: ١٧] لكن عجل بعض الأجزية في الدنيا لدفع الشر والضرر، والضرر لم يتوجه من المرأة فكان جزاؤها مؤخرًا إلى دار الآخرة؛ ولهذا لا تقتل الكافر الأصلية.

الصبي العاقل إذا ارتد ـ عياذ بفضل الله عز وجل من عدله ـ صح ارتداده حتى يبطل نكاحه، ويحرم عن الميراث، ويجبر على الإسلام، ولا يقتل، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يصح ارتداده؛ لأنه صار في حقه.

ولهما: أنه أشرك بالله سبحانه وتعالى عن اعتقاده فيستحيل أن يبقى مؤمنًا مع اعتقاد الشرك، كما أنه يستحيل أن يبقى مشركًا مع اعتقاد التوحيد.

وإسلامه صحيح عندنا.

خلافًا للشافعي رحمه الله(١).

لنا: أن له عقل مميزًا لو أخبره مخبر أن الله سبحانه وتعالى وحده لا شريك له يفهم كلام المخبر، وكذلك بعقله يمكنه معرفة الله سبحانه وتعالى ووحدانيته بدلائل الوحدانية فلو لم يكن معتقدًا بقلبه لما أخبر بلسانه مع علمه أنه عسى يبين عن امرأته، ولعل يحرم عن ميراث أبيه، ويحتمل أن يفرق عن أبويه لو قضى بصحة الإسلام، ومع هذا أخبروا من بلسانه دل ذلك على أنه اعتقد ذلك بقلبه.

ذمي نقض العهد، ولحق بدار الحرب، وقضى بلحاقه تعتق أمهات أولاده، ومدبروه، ويقسم ماله بين ورثته كالمرتد، إلا أن المرتد إذا أُسر لا يسترق بل يجبر على الإسلام فإن أسلم، وإلا قُتل.

والذمي إذا أُسر يسترق؛ لأنه جاز إبقاؤه على الكفر بالجزية فجاز استرقاقه.

---

(١) الوسيط في المذهب: (٤/ ٣١٠).

مسلم له جارية نصرانية فارتد المسلم ـ نعوذ بفضل الله عز وجل من عدله ـ فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتداد مولاها فادعى الولد: يثبت نسب الولد منه وهو حر، وصارت الجارية أم ولد له، ولا يرث الولد من أبيه إن مات على ردته أو لحق بدار الحرب؛ لأن الولد يكون مرتدًا تبعًا لأبيه؛ لأن فيه رجاء الإسلام، ولا يجعل تبعًا لأمه؛ لأن النصرانية لا تجبر فلم يكن فيه رجاء الإسلام والمرتد ليس من أهل الميراث.

وإن جاءت لأقل من ستة أشهر منذ ارتداد مولاها: كان الولد مسلمًا؛ لأن العلوق حصل حال كون المولى مسلمًا فكان مسلمًا فيرث من أبيه.

وإن كانت الجارية مسلمة يرث الولد من أبيه المرتد؛ لأن الولد يكون مسلمًا تبعًا لأمه، والمسلم يرث من المرتد.

مرتد قتل رجلًا خطأً ولحق وقُضي بلحاقه، فالدية في مال اكتسبه حال الإسلام عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: في مال اكتسبه في حال الإسلام وحال الردة.

بناء على ما تقدم.

مسلم قطعت يده، ثم ارتد ومات من القطع على ردته، أو لحق وقُضي بلحاقه، ثم عاد وأسلم، ومات من ذلك القطع: فعلى القاطع نصف الدية في مال القاطع،

وليس عليه كمال الدية بالاتفاق؛ لأن ردته لما تقررت بالموت أو بقضاء القاضي بلحاقه فقد تقرر بطلان عصمة نفسه، وذلك يوجب قطع السراية عن البداية، فالقطع حصل في محل معصوم فيضمن نصف الدية، أما السراية حصلت في محل غير معصوم، فلا يضمن النفس، أكثر ما في الباب أنه لما عاد وأسلم عادت العصمة؛ لكن هذه عصمة أخرى بسبب آخر ولم يوجد من القاطع جناية في هذه العصمة.

فإن لم يلتحق بدار الحرب حتى أسلم، ثم مات من ذلك القطع: تجب دية كاملة؛



لأن الذي أبطل العصمة وهو الردة غير متقررة، فإذا ارتفع المبطل قبل تقرره، فصار كأن لم يكن، فصار كأنه لم يزل مسلمًا معصومًا، فلم تنقطع السراية عن البداية لاتحاد العصمة، فيضمن جميع قيمة النفس، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد وزفر رحمهما الله: يضمن نصف الدية في ماله كما في الفصل الأول.

مكاتب ارتد ولحق وقُضي بلحاقه واكتسب أموالًا في ردته، ثم أخذ مع ماله ولم يسلم حتى قتل: فإنه يؤدي مكاتبته من ماله، وبقية المال لورثته؛ لأن المكاتب إنما يملك كسبه بعقد الكتابة، وبالردة لم تبطل الكتابة فيملك أكسابه فيؤدي منه بدل الكتابة وعتق في آخر حياته فيرث منه ولده المسلم.

الزوجان ارتدا معًا ـ عياذًا بفضل الله عز وجل من جملة الآفات والعقبى ـ ثم أسلما معًا ـ والحمد لله عدد ما علم على دين الإسلام ارجو من فيض فضله وشمول كرمه، وسعة رحمته أن يديم هذه النعمة التي لا يقضى حقها في الدنيا والعقبى ـ فهما على نكاحهما.

وقال زفر رحمه الله: يبطل نكاحهما؛ لأن المرتد ليس بأهل للنكاح ابتدأً فلا يكون أهلًا للنكاح بقاءً، وبقاء الشيء في غير الأهل محال.

ولنا: إجماع الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، فإن أبا بكر الصديق رضي الله عنه لم يأمر بتجديد النكاح لمن أسلم بعد الردة بمنع الزكاة، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فكان إجماعًا.

وإن ارتد أحدهما وقعت الفرقة بنفس الردة، والردة فسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، سواء كان من الزوج، أو من المرأة حتى لم ينتقص من عدد الطلاق شيء عندهما؛ لأن هذه فرقة بسبب التنافي لكون الردة بمنزلة الموت، والموت منافي للنكاح وليس بطلاق؛ ألا ترى أن المرتد لم يكن محلًا للنكاح، والطلاق شرع رافعًا،

والرفع يكون حال قيام المحلية والمنافي لعدم المحلية وبينهما تنافي.

وعند محمد رحمه الله: الردة من جانب الزوج طلاق؛ لأن هذه فرقة حصلت من قبل الزوج فتكون طلاقًا.

ولو ارتدا معًا، ثم أسلم أحدهما، أو كانا كافرين أصليين أسلم أحدهما: لا تقع الفرقة بنفس إسلام أحدهما ما لم يقض القاضي بالفرقة إن كانا في دار الإسلام، وإن كان في دار الحرب فإنما تقع الفرقة بثلاث حيض سواء دخل بها أو لم يدخل عندنا؛ لأن الإسلام لا ينافي النكاح.

فإن أسلم الآخر يبقى النكاح بينهما، وإن أبى أن يسلم فرق القاضي بينهما، وإن كانا في دار الحرب فليس للقاضي ولاية على أهل الحرب فقام شرط البينونة وهو مضي ثلاث حيض مقام تفريق القاضي، ومضي ثلاث حيض صَلُح شرطًا للبينونة كما في الطلاق الرجعي.

وإذا بانت بمضي ثلاث حيض يجب الاعتداد بثلاث حيض آخر إن كان دخل بها، ثم الإباء إن كان من جانب المرأة لا يكون فرقة بطلاق.

وإن كان من جانب الزوج فهو فرقة بطلاق في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن الإباء لا ينافي النكاح؛ ألا ترى أنه يبقى النكاح إلى أن يقضي القاضي بالفرقة؛ لكن لما فات الإمساك بالمعروف بسبب إباء الزوج وجب عليه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه وصار كالفرقة بالجب والعنة.

وعند أبي يوسف رحمه الله: فرقة بغير طلاق؛ لأن هذه الفرقة كما تحصل من جانب الزوج بإبائه الإسلام يحصل من جانب المرأة بإبائها الإسلام أيضًا، ولو كان فرقة بطلاق لما تحقق من جانب المرأة؛ لأن الطلاق في يد الرجال لا في يد [النساء][1]،

---

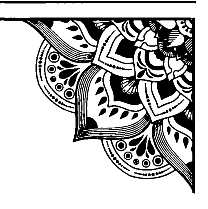
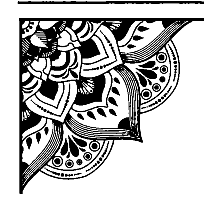
(١) في النسخة (ب) المرأة.

وصار كالفرقة بالمحرمية، أو بملك أحدهما صاحبه؛ لما بينا يشتركان فيه لم يكن طلاقًا كذا هنا، وصار كالفرقة بسبب الردة عنده.

وعند أبي حنيفة رحمه الله أيضًا، فمسألة الردة حجة لأبي يوسف على أبي حنيفة رحمهما الله في مسألة الإباء.

وفرق أبو حنيفة بين الردة والإباء، والفرق ما ذكرنا.



باب في الأرض يسلم عليها أهلها أو تفتح عنوة

وإذا ظهر الإمام على بلد في الروم إن شاء منَّ عليهم برقابهم وأراضيهم وأموالهم ووضع على رؤوسهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج، ويستوي فيه الماء العشري نحو ماء السماء والعيون والآبار، والخراجي نحو ماء الأنهار التي حفرتها الأعاجم؛ لأن هذا ابتدأ التوظيف على الكافر.

فيوضع الخراج بكل حال دون العشر؛ لأن الكافر ليس من أهل وجوب العشر ابتداء؛ لأنه صدقة.

إلا إذا اشترى من مسلم أرضًا عشرية فتبقى كذلك عند محمد رحمه الله، وعند أبي يوسف رحمه الله: يضاعف العشر، وعند أبي حنيفة رحمه الله: تصير خراجية.

وقد مرت هذه المسائل في كتاب الزكاة، هكذا فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق حين افتتحت عنوة.

وإن شاء الإمام قتل مقاتليهم، وخمس نسائهم وذراريهم وأموالهم وأراضيهم، ودفع الخمس لليتامى والمساكين وأبناء السبيل وقسم الباقي بين الغانمين، ويضع على أراضيهم العشر.

يريد به إذا كانت الأراضي عشرية، وإن كانت خراجية يجوز له أن يضع الخراج؛ لأن هذه الأراضي لما فتحت قهرًا صارت مستحقة الخراج فبعد ذلك، وإن صارت للمسلمين بالقسمة، يجوز توظيف الخراج عليهم؛ ألا ترى أن أهلها لو أسلموا بعد

القهر عليهم جاز للإمام أن يوظف الخراج بالأخذ بطريق القهر ولو وضع العشر باعتبار إسلامهم جاز أيضًا.

وكذلك كل من أحيى أرضًا ميتة بإذن الإمام فإن تسقى من ماء الخراج: يجوز للإمام أن يضع الخراج؛ لأنها صارت مستحقة الخراج حين فتحتهذه الأراضي بطريق القهر على الكفرة، وإن شاء وضع العشر، وإن كانت عشرية يضع العشر بكل حال.

ولو أسلم عليها أهلها طوعًا قبل الاستيلاء عليهم: فهم أحرار كلهم لا سبيل عليهم، ويضع الإمام عليهم العشر دون الخراج سواء كانت تسقى من ماء العشر أو من ماء الخراج؛ لأن أراضيهم ما صارت مستحقة للخراج وهذا ابتداء التوظيف على المسلم فيضع العشر دون الخراج.

الذمي إذا أحيى أرضًا ميتة بإذن الإمام: يوضع عليه الخراج بكل حال.

على ما مر أن الكافر ليس من أهل وجوب العشر عليه ابتداءً.

وكذلك الذمي إذا جعل داره بستانًا: يوضع عليه الخراج سواء سقاه من ماء العشر، أو من ماء الخراج، وإن جعل المسلم داره بستانًا: يجب العشر بكل حال؛ لأن الدار لم تكن مستحقة المؤنة من الأصل فيكون ابتداء التوظيف على المسلم وأنه أحق بالعشر.

وأرض العرب كلها أرض عشرية لا خراج على أراضيهم ولا جزية على جماجمهم.

خصوا بذلك لشرف الرسول عليه السلام؛ لأنه كان من العرب.

رجل أحيى أرضًا ميتة بغير إذن الإمام: لم يملكها عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يملكها؛ لقوله عليه السلام: «من أحيى أرضًا ميتة فهي له»[1].

---

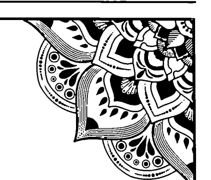
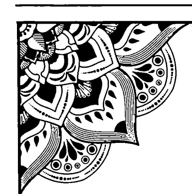
(١) صحيح البخاري: (٣/ ١٠٦).

ولأبي حنيفة رحمه الله: قوله عليه السلام: «ليس للمرء ما طابت به نفس إمامه»[١] والحديث الذي روي كان في قوم خاص فكان ذلك إذنًا من الرسول عليه السلام لهم بالإحياء، ويحتمل أنه أراد به الإحياء بإذن الإمام، والأرض الميتة أن لا يعرف لها مالك في الإسلام.

وشرط الطحاوي رحمه الله: أن يكون بعيدًا من القرية بحيث لا يبلغ إليها الصوت من عمران تلك القرية، والله أعلم.



(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير برقم: (٣٥٣٣).

باب استيلاء الكفار

عبد لمسلم أسره العدو، فاشتراه مسلم من العدو بألف درهم وأخرجه إلى دار الإسلام، ففقأ إنسان عينه، وأخذ المشتري الأرش، ثم جاء المالك القديم: فله أن يأخذ العبد بالثمن الذي اشتراه المشتري من العدو وذلك ألف درهم وليس له أن يحط بعض الثمن بسبب فقء العين؛ لأن العين بمنزلة الوصف؛ لأنه يثبت صفة الكمال، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فلا يسقط بمقابلتها شيء من الثمن.

وليس للمالك القديم أن يأخذ الأرش من المشتري؛ لأنه لو أخذ يأخذه بمثله، فلا يفيد والزيادة تكون ربا.

عبد أبق إلى دار الحرب وذهب مع نفسه بفرس ومتاع فأخذ المشركون الكل، ثم اشترى مسلم ذلك كله من العدو وأخرجه: فالمالك القديم يأخذ الفرس والمتاع بحصتهما من الثمن، ويأخذ العبد بغير شيء في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يأخذ الكل بالثمن.

وهذا بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله: الكفار لم يملكوا العبد؛ لأن للعبد يدًا على نفسه لكن الشرع أسقط اعتبار يده في دار الإسلام باعتبار يد المولى عليه، فإذا زالت يد المولى بدخوله دار الحرب ظهرت يده على نفسه، وذلك يمنع تحقيق الاستيلاء عليه، وبدون الاستيلاء لا يثبت الملك.

وإذا بقي العبد على ملك المولى: فله أن يأخذه بغير شيء.

وعندهما: ملكه الكفار بالاستيلاء؛ فصار نظير الفرس والمتاع فلا يأخذ الكل إلا بالثمن.

عبد أسره العدو، فاشتراه مسلم بألف، وأخرجه، ثم أسره العدو ثانيًا، فاشتراه مسلم آخر بألف: كان حق الأخذ للمشتري الأول؛ لأن الأسر الثاني وقع على يده، فيأخذه المشتري الأول من المشتري الثاني بألف.

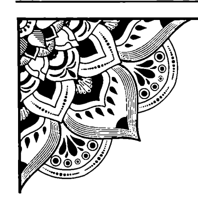
ثم المالك القديم يأخذه من المشتري الأول بألفي درهم إن شاء؛ لأنه قام على المشتري الأول بألفي درهم.

حربي دخل دارنا بأمان، فاشترى من مسلم عبدًا مسلمًا وأدخله دار الحرب: عتق العبد؛ لأنه تعين طريق خلاصه عن يد الكفار هنا بالعتق؛ لأنه تعذر إجباره على البيع فتعين العتق مخلصًا له.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يعتق؛ لأن طريق الخلاص كان هو البيع وقد تعذر إجباره على البيع لعجز الإمام عن ذلك.

عبد لحربي أسلم وهاجر إلينا: عتق؛ لأنه سبق استيلاؤه على نفسه فملك نفسه فعتق، والله أعلم.




باب المستأمن

رجل مسلم دخل دار الحرب بأمان فأدان حربيًا، أو أدانه حربي، أو كانا حربيين أدان أحدهما صاحبه، ثم دخلا دار الإسلام مستأمنين، قال: لم أقض بينهما بشيء؛ لأنه لا ولاية للإمام على الْحَرْبِيّ إلا في معاملة يفعلها في دار الإسلام لا في معاملة عملها في دار الحرب؛ لأنه لم يلتزم ذلك حتى لو أسلم الْحَرْبِيّ فحينئذٍ يقضي القاضي بينهما؛ لأنه ثبت للقاضي الولاية عليه بإسلامه.

ولو غصب المسلم من الْحَرْبِيّ، أو الْحَرْبِيّ من المسلم، أو الْحَرْبِيّ من الْحَرْبِيّ في دار الحرب، ثم دخلوا دار الإسلام مسلمين، قال: لم أقضي بشيء من ذلك، يريد به لا أقضي بالملك للمغصوب منه؛ لأن الغصب صادف مالًا مباحًا فيملكه فلا أقض بالملك للمغصوب منه لكن آمر المسلم الذي غصب مال الْحَرْبِيّ أن يرده عليه؛ لأنه فسد الملك باعتبار نقض العهد، فأشبه الشراء شراء فاسدًا الملك.

مسلم دخل دار الحرب فقتل حربيًا قد أسلم عمدًا أو خطأ وله أولياء مسلمون أو لم يكن: فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ؛ لأن الله تعالى جعل جزاء قتل مؤمن هنا من قوم عدو لنا الكفارة بقوله عز وجل: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] ذكر التحرير بحرف الفاء عقيب الشرط لاقترانه بكلمة «إِنْ» والمذكور بحرف الفاء عقيب الشرط يكون جزاءً، والجزاء اسم لما تقع به الكفارة.

وقال الشافعي رحمه الله: يجب القصاص في العمد والدية في الخطأ كما إذا قتله

في دار الإسلام[١].

ولو قتل مسلمًا خطأً في دار الإسلام وليس له ولي، أو قتل اللقيط خطأ يجب على القاتل الدية والكفارة ويأخذ الإمام الدية ويضعها في بيت مال المسلمين، وإن كان القتل عمدًا ففي المسألة الأولى يجب القصاص؛ لأن وليه معلوم وهو السلطان قال عليه السلام: «السلطان ولي من لا ولي له»[٢].

وفي اللقيط لا يجب القصاص عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه احتمل وجوب الولي غير الإمام وهو الأم وغيرها، فلا يكون الإمام وليًا مع الشك والاحتمال في وجود ولي آخر للمقتول والاحتمال يعتبر لدفع العقوبة.

وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: يجب القصاص ويستوفيه الإمام؛ لأن المجهول لا يصلح وليًا أصلًا لا على سبيل التيقن ولا على سبيل الاحتمال فتعين الإمام وليًا له.

ثم الإمام بالخيار: إن شاء قبله، وإن شاء أخذ الدية؛ لأن نفع المسلمين فيه أكثر.

وليس له أن يعفوا؛ لأن فيه إبطال حق المسلمين.

مسلمان دخلا دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه: فعليه الدية في العمد، وفي الخطأ الدية والكفارة ويكون ذلك في مال القاتل؛ لأنه قتل شخصًا معصومًا؛ لكن باعتبار سبب زوال العصمة وهو دار الحرب تثبت شبهة زوال العصمة فيسقط القصاص، وتجب

---

(١) إذا قتل مسلم ذميًا قد أسلم ولم يعلم بإسلامه أو قتل حر عبدًا قد أعتق ولم يعلم بعتقه، ففي وجوب القود وجهان:
أحدهما: يسقط القود بالشبهة وتكمل الدية حالة.
والوجه الثاني: يجب القود لمصادفة القتل المحظور شروط القود. الحاوي الكبير: (١٣/ ٤٤٨).

(٢) أخرجه أبو داود برقم: (٢٠٨٣)، والترمذي برقم: (١١٠٢)، وابن ماجه برقم: (١٨٨٠).

الدية في ماله.

أما في العمد فلا يشكل، وأما في الخطأ كذلك؛ لأنه لا جناية من العاقلة من حيث التقصير في الحفظ، ووجوب الدية على العاقلة لتقصيرهم في الحفظ، ولا تقصير هنا؛ لأن هذه الواقعة وقعت في دار الحرب.

ولو كانا أسيرين مسلمين في أيدي الكفرة فقتل أحدهما صاحبه عمدًا أو خطأً فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وتجب الدية في مال القاتل؛ لأن عصمة المسلم لا تزول بأسر الكفرة، وصار كأن لم يكونا أسيرين.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ؛ لأن الأسير في أيديهم تبع لهم؛ لأنه قلما يتخلص عن أيديهم فلا يمكنه الرجوع إلى دار الإسلام فسقطت عصمته بخلاف غير الأسيرين.

حربي دخل دارنا بأمان فأودعهـذا الْحَرْبِيّ الداخل دارنا بأمان عند رجل وديعة أو أقرضه مالًا، ثم لحق بدار الحرب، ثم ظهر عليهم المسلمون فأسر أو قتل فوديعته فيء للمسلمين، والقرض بطل عن ذمة المستقرض.

أما الوديعة فلأنها في يده تقديرًا؛ لأن يد المودع كيد المودع، ولو كان في يده صار غنيمة، كذا هنا.

وأما القرض فلأن المستقرض ملكه؛ لأنه سبقت يده عليه، فسقط عنه، ولم يظهر على الدار لكنه مات في دار الحرب فوديعته وقرضه لورثته؛ لأنه لم يصر غنيمة على ملكه فصار لورثته.

ولو أسلم الْحَرْبِيّ في دار الإسلام وله في دار الحرب امرأة، وأولاد صغار وكبار وأموال بعضها في يد حربي آخر أمانة، وبعضها في يد ذمي وبعضها في يد مسلم فظهر

على الدار فذلك كله فيء.

أما المرأة والأولاد الكبار فلا شك؛ لأنهم كفار محل للإسترقاق.

وأما الصغار؛ فلأنهم لم يصيروا مسلمين تبعًا لأبيهم؛ لأن التبعية باعتبار الولاية، والولاية منقطعة للأب على ولده الصغير بسبب اختلاف الدارين، فإن الأب حين أسلم في دار الإسلام فأولاده الصغار والكبار في دار الحرب فيكون أولاده الصغار تبعًا لدار الحرب، فانقطعت تبعية أولاده الصغار عن الأب لانقطاع ولايته عنهم حكمًا لصيرورتهم تبعًا لدار الحرب؛ لتباين الدارين فكانوا تبعًا للدار فيسترقون.

وأما الأموال فلأنها غير محرزة بدار الإسلام لا حقيقة ولا تقديرًا؛ لأما حقيقة فلا شك، وأما تقديرًا؛ فلأنه حين دخل دار الإسلام كان حربيًا، ومال الوديعة وإن كان في يده تقديرًا لكن الإحراز إنما يثت بإدخاله دار الإسلام، أو بالإسلام قبل الظهور عليهم ولم يوجد، وإذا لم يكن معصومًا كان مباحًا فيكون محلًا للاستيلاء.

ولو كان أسلم في دار الحرب، ثم دخل دار الإسلام أو لم يدخل، ثم ظهر على الدار فامرأته وأولاده الكبار فيء؛ لما مر.

وأولاده الصغار مسلمون لا رق عليهم؛ لأنه حين أسلم كانوا تحت ولايته، فصاروا مسلمين تبعًا لإسلامه، وحين ظهر على الدار كانوا منفصلين عن الإمام فلم يصيروا أرقاء تبعًا للأم.

وأما أمواله فما في يد مسلم أو ذمي فهو له، وما ورائه فهو فيء؛ لأن يد المسلم، ويد الذمي محترمة فقامت مقام يده.

ولو كان في يده: كان هو أولى؛ لأنه سبقت يده إليه، كذا هنا.

بخلاف ما إذا كان في يد حربي؛ لأن يده ليست بيد محترمة فلا يكون كأن المال

في يده، فلم تثبت العصمة، وبخلاف المسألة الأولى؛ لأن ثمة حين دخل دار الإسلام كان حربيًا فلم يصر محرزًا ماله لا حقيقة ولا تقديرًا فلم تثبت العصمة فبعد ذلك وإن أسلم لا يصير ماله في دار الحرب معصومًا لعدم الإحراز.

والجنين الذي في بطن أمه فيء عندنا؛ لأنه رقيق تبعًا لأمه، وأنه مسلم تبعًا لإسلام أبيه في دار الحرب.

وقال الشافعي: لا يكون فيئًا؛ لأن الولد يكون مسلمًا تبعًا لأبيه.

قلنا: بلى؛ لكنه رقيق تبعًا لأمه، والمسلم محل للملك في الجملة إذا كان رقيقًا.

وما كان في يد مسلمٍ أو في يد ذمي غصبًا يكون فيئًا؛ لأن يد الغاصب ليست كيده ليصير محرزًا له بالإسلام.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يكون فيئًا.

والعقار يكون فيئًا بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنه تبع للدار.

ومن قاتل من عبيده مع المسلمين: فهو فيء؛ لأنه صار متمردًا على مولاه، فصار تبعًا للدار.

رجل قتل رجلًا وهما من أهل البغي في عسكرهم، ثم ظهر عليهم: فلا شيء على القاتل؛ لأنه حين قتله كان هو مباح القتل.

أهل البغي إذا غلبوا على مصر فقتل واحد من أهل المصر رجلًا من أهل المصر ثم أزعجهم إمام أهل العدل: أقتص من القاتل؛ لأنه قتل شخصًا معصومًا، واستيلاؤهم كان بعارض الزوال، فإذا زال هذا العارض صار كأن لم يكن.

العادل إذا قتل الباغي: لم يحرم عن الميراث؛ لأنه قتل بحق، فلا يوجب الحرمان.

وإن قتل الباغي العادل، وقال: كنت على الحق،ولآن أنا على الحق: لم يحرم عن الميراث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

يريد بالباغي الخوارج؛ لأنهم استحلوا قبل العادل بتأويل القرآن، ويُكفرون بذلك فإنهم قالوا: من أذنب صغيرة أو كبيرة فقد كفر بالله وجعل مثله إلا أن يتوب، وتمسكوا بظاهر قوله تعالى: ﴿وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَإِنَّ لَهُۥ نَارَ جَهَنَّمَ خَـٰلِدِينَ فِيهَآ أَبَدًا﴾ [الجن: ٢٣] هذا التأويل، وإن كان فاسدًا؛ لكن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين أجمعوا على أن كل دم استحل بتأويل القرآن فهو موضوع، كل دم أو مال استحل بتأويل القرآن فهو موضوع؛ ولهذا الباغي إذا أتلف مال العادل لا ضمان عليه عند أصحابنا جميعًا رحمهم الله خلافًا للشافعي رحمه الله[1].

وكذلك الباغي إذا قتل مسلمًا لا يجب القصاص عليه والدية؛ لما قلنا، فكذلك في حق حرمان الميراث.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يحرم الباغي عن الميراث؛ لأن تأويلهم باطل فلئن التحقق بالصحيح في حق دفع الضمان بقول الصحابة رضي الله عنهم أجمعين فلا يوجب إلحاقه بالصحيح في حق استحقاق الميراث وقد يكفي للدفع ما لا يكفي للإثبات كما في استصحاب الحال.

---

(١) وإن أتلف أحد الفريقين على الآخر شيئًا في حال القتال، فإن كان من أهل العدل، على أهل البغي؛ لم يجب عليهم الضمان، وإن كان من أهل البغي على أهل العدل، ففي وجوب الضمان عليهم قولان:

أصحهما: أنه لا ضمان عليهم، وهو قول أبي حنيفة.

والثاني: يجب الضمان، وهو قول مالك.

ومن أصحابنا من قال: القولان في ضمان الدية، فأما القصاص، فلا يجب قولًا واحدًا. حلية العلماء: (٧/ ٦١٩).



ولو قال: قتلته وكنت أعلم أني على الباطل يحرم عن الميراث بِالْإِجْمَاعِ.

ويكره بيع السلاح في عسكر أهل الفتنة؛ لأنه إعانة على المعصية.

ولا يبيع السلاح ممن لم يعرفه من أهل الفتنة؛ لأنه محمول على الجهاد.

ويكره أن يبتدئ الرجل أباه المشرك في قتله؛ لأنه أمر بالمصاحبة بالمعروف في حق أبيه الكافر، فإن أدركه امتنع حتى يقتله غيره؛ كيلا يلحقه مأثم.

ويكره أن يسافر بمصحف القرآن إلى دار الحرب؛ لحاجته إلى قراءة القرآن؛ لأنه ربما يقع في أيديهم فيستخفون به.

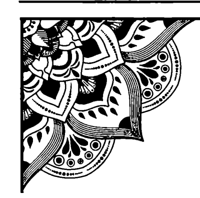
وقال الطحاوي رحمه الله: لا بأس به[1].

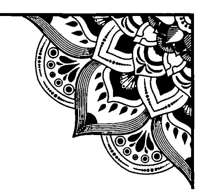


---

(١) قال: ولا بأس على المسلم أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو، وقال محمد في السير: إذا كان في عسكر عظيم مأمون عليه، فإن كان على ما سوى ذلك: لم ينبغ له أن يسافر به إلى دار الحرب. شرح مختصر الطحاوي للجصاص: (٧/ ١٩٠).







باب الإسهام للخيل

الغازي إذا جاوز الدرب فارسًا فنفق فرسه وقاتل راجلًا استحق سهم الفرسان، ولو جاوز الدرب راجلًا واشترى فرسًا وقاتل فارسًا استحق سهم راجل وهذا عندنا.

وعند الشافعي رحمه الله على عكس هذا(١).

لنا: أن مجاوزة الدرب فارسًا لقصد القتال سبب القتال فارسًا، والحكم يُبنى على السبب الظاهر لا على حقيقة القتال؛ لأن تلك الحالة حال مخاطرة الروح، فكل واحد يراقب روح نفسه؛ كيلا يصيبه سهم أو غيره، فلا يقدر الإمام على الوقوف على حال كل واحد منهم فينبي الحكم على السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب.

إذا ثبت هذا نقول: عبد أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: يعطي للفارس سهمان، سهمٌ له، وسهم لفرسه، ولا يعطي أكثر من ذلك وإن كان له أفراس كثيرة؛ لأن القتال فارسًا لا يكون إلا بفرس واحد.

وقال أبو يوسف رحمه الله: سهم له وسهمان لفرسين، ولا يسهم لأكثر من ذلك.

وهو نظير الخلاف في المرأة إذا كان لها خادمان، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: يجب على الزوج نفقة خادم واحد، وعنده: نفقة خادمين.

---

(١) ولو نفق الفرس قبل القتال؛ لم يستحق صاحبه إلاَّ سهمَ راجل؛ فإنه لم يلق القتال إلا راجلًا، ولا فرق بين أن يكون نَفَقُ الفرس بعد دخول دار الحرب، أو قبل دخولها، خلافاً لأبي حنيفة. نهاية المطلب: (١١/ ٤٨١).

إذا مات واحد من الغزاة قبل الخروج إلى دار الإسلام: فلا يورث نصيبه عندنا.

وعند الشافعي: يورث نصيبه إذا مات بعد استقرار الهزيمة.

ولنا: أن الإرث يبنى على الملك، ولا ملك قبل الإحراز بدار الإسلام؛ لأن هذه الأموال كانت في أيدي الكفرة صورة ومعنى، والآن إن زالت يدهم صورة ولكن بقي في أيدهم معنى؛ لأن الدار في أيديهم فما في الدار يكون في أيديهم معنى فبقاء يدهم معنى يوجب بقاء ملكهم وزوال يدهم صورة يوجب زوال ملكهم، والملك كان ثابتًا وقع الشك في الزوال فلا يزول بالشك.

ولو مات بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة: يورث نصيبه بِالْإِجْمَاعِ؛ لأن الملك قد تم بالإحراز.

ومن يعمل للعامة؛ كالقاضي، والمفتي، والْمُدَرِّس، والعامل إذا مات في وسط السنة: فلا شيء له من العطاء.

يريد به من مال بيت المال؛ لأنه تبرع فلا يملك قبل القبض.

وفي الابتداء كأن يعطى لكل من له ضرب مزية في الإسلام؛ كأزواج النبي عليه السلام ورضي عنهن، وأولاد المهاجرين والأنصار، أو كان عاجزًا يحتاج إلى معونة.

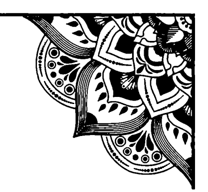
وإن مات بعد السنة: لم يستحق شيئًا؛ لما قلنا لكن يستحب صرفه إلى ورثته فذكر موته قبل السنة لهذا.

ويكره أن يضرب الإمام الجعل على الناس لأجل الغزاة ما دام للغزاة فيء أي غنيمة؛ لأن فيه شبهة الأجرة للقتال.

وإن لم يكن لهم غنيمة: فلا بأس بأن يقوي بعض المسلمين بعضها؛ للحاجة إلى الجهاد، والله تعالى أعلم بالصواب.







باب الْحَرْبِيّ يدخل دارنا بأمان

وإذا دخل الْحَرْبِيّ دارنا للتجارة أو غيره فإنه لا يمكن من أن يطيل المكث في دارنا؛ خوفًا عن فتنته بل يقضى حاجته ويرجع.

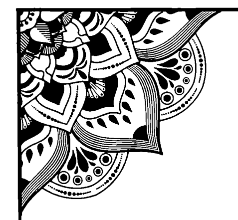
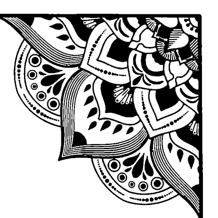
وينبغي للإمام أن يتقدم إليه، ويضرب له مدة حتى يقضي حاجته مقدار ما يرى، ويقول له: إن جاوزت هذه المدة جعلتك ذميًا؛ فإذا جاوز تلك المدة جعله ذميًا ويضرب عليه الجزية للسنة المستقبلة، فإذا مضت السنة من حين ضرب عليه الجزية يأخذ منه الجزية.

حربي دخل دار الإسلام فاشترى أرض خراج ووضع عليه الخراج: صار ذميًا؛ لأنه لزمه حكم يتعلق بالمقام في دارنا.

حربية دخلت دارنا فتزوجت ذميًا: صارت ذمية؛ لأنه لزمها المقام معه.

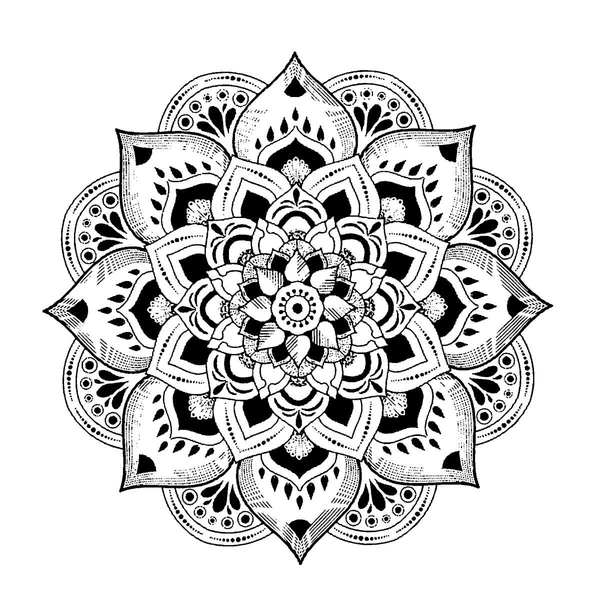
ولو تزوج حربي ذمية: لم يصر ذميًا؛ لأنه لا يلزمه المقام معها، والله تعالى أعلم.



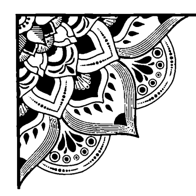



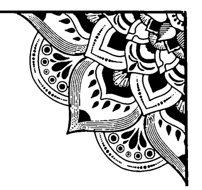
كتاب البيوع









كتاب البيوع(١)

محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمة الله عليهم أجمعين: في رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطةٍ، فقال المسلم إليه: شرطت لك رديئًا، وقال رب السلم: لم تقل شيئًا: فالقول قول المسلم إليه بالاتفاق؛ لأن في قوله: صحة العقد وإقدامهما

---

(١) **البيع في اللّغة:** عبارة عن المبادلة المطلقة في مال كانت أو غيره.

قال تعالى: ﴿ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشۡتَرَوُاْ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلۡهُدَىٰ ﴾ [البقرة:١٦].

وقال: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشۡتَرَىٰ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ أَنفُسَهُمۡ ﴾ [التوبة:١١١] الآية.

وقال: ﴿ وَشَرَوۡهُ بِثَمَنِۭ بَخۡسٖ دَرَٰهِمَ مَعۡدُودَةٖ ﴾ [يوسف:٢٠].

وقال عليه السّلام «من باع حرًّا وأكل ثمنه»، الحديث.

وقال الشاعر:

ما بعتكم مهجتي إلّا بوصلكم ولا أسلّمها إلّا يدًا بيد

وفي الشّرع: عبارة عن مبادلة مال بمال تمليكًا وتملكًا.

وركنه: الإيجاب والقبول.

وشرطه: أهلية المتعاقدين.

ومحله: المال.

دلّ على شرعيّته الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [البقرة:٢٧٥].

وقوله: ﴿لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ ﴾ [النساء:٢٩] الآية.

والسنة، وهي قوله عليه السّلام:«يا معشر التّجّار إنّ بيعكم هذا يحضره اللّغو والحلف، فشوبوه بالصّدقة».

ولأنّ النّبيّ عليه السّلام بعث والنّاس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير من وجوه السنة.

والإجماع منعقد على ذلك أيضًا.

على العقد دليل الصحة ورب السلم متعنت في إنكار شرط الوصف؛ لأنه ينكر حقًا له وهو المسلم فيه فتعين الفساد غرضًا له فلا يقبل قوله.

ولو ادعى رب السلم شرط الرديء، وأنكر المسلم إليه الشرط أصلًا، فعند أبي حنيفة رحمه الله: القول قول رب السلم؛ لأنه يدعي الصحة.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: القول قول من يدعي الصحة بكل حال، وعندهما: القول قول المسلم إليه؛ لأنه وإن أنكر الصحة لكنه أنكر حقًا على نفسه وهو وجوب المسلم فيه فلم يكن متعينًا فيكون القول قوله.

والوجه لأبي حنيفة رحمه الله: على هذا الحرف بلى أنكر حقًا على نفسه لكن بعد وجود الإقرار منه دلالة هو ما ذكرنا أن إقدامهما على عقد السلم دلالة على أنهما باشرا العقد بوصف الصحة ظاهرًا فاتفاقهما على مباشرة عقد السلم إقرار منهما بذكر ما لا صحة للعقد بدونه، ومن جملة ذلك ذكر وصف المسلم فيه، فإذا أنكر المسلم إليه ذكر شرط الوصف أصلًا فقد أنكر حقًا على نفسه لكن بعد الإقرار منه فلا يلتفت إلى قوله.

وإن ادعى رب السلم الأجل وأنكر المسلم إليه: فالقول قول رب السلم بالاتفاق؛ لأنه مدعي الصحة، والمسلم إليه متعنت؛ لأن الأجل حق المسلم إليه؛ لأن الأجل لتأخير التسليم، فإذا أنكر المسلم إليه الأجل فلم ينكر حقًا على نفسه بل أنكر حق نفسه فتعين الفساد عن ضالة فلم يقبل قوله، وإذا صار القول قول رب السلم في الأجل: كان القول قوله في مقدار الأجل أيضًا؛ لأنه مستفاد من قبله.

وإن ادعى المسلم إليه الأجل وأنكر رب السلم: فعند أبي حنيفة رحمه الله: القول قول المسلم إليه؛ لأنه يدعي الصحة والظاهر شاهد من يدعي الصحة، والقول قول من يشهد له الظاهر.

وعندهما رحمهما الله: القول قول رب السلم؛ لأنه أنكر حقًا على نفسه وهو

الأجل فلم يكن متعنتًا فيكون القول قوله، وإن كان فيه فساد العقد، ومثل هذا جائز كرب المال ادعى على المضارب أني شرطت لك على أني أرفع من الربح عشرة دراهم والباقي يكون بيننا نصفين وقال المضارب: شرطنا الربح بيننا نصفين لا غير: كان القول قول رب المال وإن كان فيه فساد المضاربة كذا هنا.

وإذا جعلنا القول قول المسلم إليه في شرط الأجل إذا كان مدعي الأجلهـو المسلم إليه على قول أبي حنيفة رحمه الله: كان القول قوله في مقدار الأجل أيضًا.

وقال بعضهم: يقبل قول المسلم إليه إلى أدنى الأجل وذلك شهر، وفيما زاد عليه لا يقبل قوله إلا ببينة.

رجل له على رجل مائة درهم، فأسلم رب الدين إلى المديون مائتي درهم في كر حنطةٍ إلى أجل، مائة نقد، ومائة الدين الذي له على المسلم إليه، وذكرا في العقد مائتي درهم مطلقًا، ثم تقاصا المائة بمائة ونقده مائة: صح في نصف الكر؛ لأن رأس المال في قدر ما يقابله من الكر وهو النصف منقود، فإن الدين لا يصلح رأس مال السلم؛ لأن المسلم فيه دين، فلو كان رأس المال دينًا يكون هذا بيع دين بدين وذلك حرام.

ولا يلزم هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن عنده العقد الواحد متى فسد بعضه فسد كله؛ لأن عنده فساد البعض إنما يفسد الكل إذا كان الفساد مقارنًا للعقد ولم يوجد هنا؛ لأن السلم صح في الكل، ثم يفسد في النصف بالافتراق من غير قبض رأس المال والفساد الطارئ في البعض لا يتعدى إلى الباقي.

ولو أسلم في كر حنطةٍ بقفيز لا يعرف عياره ـ أي مقداره ـ : فلا خير فيه؛ لأن في السلم يتأخر التسليم من جانب المسلم إليه في المسلم فيه فربما يملك القفيز قبل معرفة مقداره فيؤدي إلى المنازعة.

ولو باع حنطة بعينها عشرة أقفزة بهذا القفيز الذي لا يعرف عياره: جاز؛ لأن التسليم واجب في الحال فلا يؤدي إلى المنازعة.

ولو أسلم في شيء له حملٌ ومؤنةٌ ولم يبين مكان التسليم: فهو فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن التسليم ليس بواجب في الحال حتى يتعين مكان العقد للتسليم فإذا لم يعينا مكانا يؤدي إلى المنازعة؛ لأن رب السلم يطالبه بالتسليم في المصر، والمسلم إليه يقول: أنا أسلم بالقرية فيتنازعان.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: العقد جائز ويتعين مكان العقد مكانًا للتسليم كما في بيع العين وكالغصب والقرض فإنه يتعين مكان البيع ومكان الغصب ومكان القرض مكانًا للتسليم.

والفرق لأبي حنيفة رحمه الله: أن في هذه المواضع التسليم واجب في الحال فيتعين مكان وجوب التسليم وفي السلم بخلافه.

وعلى هذا الخلاف الأجرة في الإجارات إذا كان شيئًا له حملٌ ومؤنةٌ وهو دين، فعنده: يشترط بيان مكان الإيفاء لصحة العقد.

وعندهما: لا يشترط ويتعين مكان الدار في إجارة الدار ومكان تسليم الدابة في إجارة الدواب.

وكذلك إذا باع دارًا أو عبدًا بكر حنطةٍ دينًا لا بد من بيان مكان التسليم عنده رحمه الله، وعندهما رحمهما الله: لا يشترط.

وقال بعضهم: لا يشترط بيان مكان التسليم هنا بِالْإِجْمَاعِ؛ لأن التسليم واجب في الحال فيتعين مكان وجوب التسليم.

ولو أسلم في شيء ليس له حملٌ ومؤنةٌ كمن من الزعفران ونحوه صح من غير



بيان مكان التسليم بِالْإِجْمَاعِ ويتعين مكان العقد مكان التسليم في رواية هذا الكتاب، وفي رواية كتاب الإجارات: لم يتعين.

فإنه إذا قال: إذا أجر داره بما ليس له حملٌ ومؤنةٌ صح ويوفيه في أي مكان شاء كذا هنا، وبه أخذ مشايخنا رحمهم الله.

ولا بأس بالسلم في الجوز عددًا أو كيلًا؛ لأنه كما يعلم بالعدد يعلم بالكيل والتفاوت بين الكبر والصغر هدر؛ لاصطلاح الناس.

ولا بأس بالسلم في الفلوس عددًا؛ لأن السلم في الأثمان وإن كان لا يصح؛ لكن ثمنية الفلوس كان باصطلاح الناس وما ثبت باصطلاح الناس يبطل بالاصطلاح بخلافه، فإذا أسلما في الفلوس: لا يصح السلم مع قيام الثمنية فقد أبطلا ثمنيته فيبطل في حقهما وبقي عدديًا، والسلم في حق العدديات المتقاربة يجوز كالبيض والجوز كذلك هنا، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وعند محمد رحمه الله: لم تبطل ثمنية الفلوس باصطلاحهما فلم يصح السلم.

ولا بأس بالسلم في السمك المالح وزنًا معلومًا وضربًا معلومًا؛ لاستجماع شرائط السلم.

وإن أسلم فيه عددًا: لم يجز؛ لأنه متفاوت.

ولا خير في السمك الطري وزنًا معلومًا وضربًا معلومًا إلا في حينه؛ لأنه قد ينقطع في زمان الشتاء.

ولو لم ينقطع في الشتاء يجوز في جميع الأوقات.

والسلم في اللحم جائز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا بين موضعًا خاصًا نحو أن يقول: فخذها أو كتفها أو غيرها وبين الوصف؛ لأنه مثلي موزون

كالموزونات؛ ولهذا يجرى فيه الربا ويضمن بالمثل في ضمان العدديات فيجوز كما في سائر الموزونات.

وعند أبي حنيفة: إن أسلم في لحم غير مخلوع العظم لا خير فيه؛ لأنه يتفاوت بتفاوت العظم فيفضي إلى المنازعة.

وإن أسلم في مخلوع العظم: ففيه روايتان.

ولا بأس بالسلم في الطست والقمقمة والخفين ونحوه إن كان شيئًا يعلم بالوصف، وإن لم يعلم بالوصف فلا خير فيه.

ولو استصنع رجل شيئًا من ذلك بغير أجل - يعني طلب من الصانع أن يصنع له - **شيئًا من ذلك بثمن معلوم: جاز استحسانًا، وإنه بيع.**

وقال بعضهم: هذا وعد، والصحيح: أنه بيع؛ لأن القياس والاستحسان يكون في البيع لا في الوعد، وكذا ذكر في خيار الرؤية، وهذا يكون في البيع.

فإذا رآه المشتري فهو بالخيار: إن شاء أخذه، وإن شاء تركه.

وأما الصانع لا خيار له بل يجبر على العمل.

ذكره في المبسوط، هو المختار، وإنما يجوز الاستصناع فيما جرى فيه تعامل الناس؛ لأن القياس قد يترك بعرف الناس، وما لا يتعامل فيه لا يجوز كما إذا أمر حائكًا بنسجه ثيابًا بغزل من عند نفسه بدراهم معلومة لم يجز؛ لأنه لم يجر فيه التعامل فبقي على أصل القياس إلا إذا شرط فيه الأجل، وبين شرائط السلم فحينئذٍ يجوز بطريق السلم.

وإن ضرب الأجل فيما فيه تعامل: صار سلمًا عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لا يجوز إلا بشرائط السلم، وعندهما: يكون استصناعًا.

ويكون ذكر المدة للتعجيل أو للتسهيل لا؛ لأنه يصح الأجل.

رجل أسلم إلى رجل في كر، فلما حل الأجل طالب رب السلم المسلم إليه بقضاء الكر، فاشترى المسلم إليه من رجل كرًا بعينه، وأمر رب السلم بقبضه: لم يصر قابضًا إلا أن يكتاله مرتين.

مرة للمسلم إليه بحكم شرائه من بائعه، ومرة لنفسه بحكم التسليم فحينئذٍ يصح؛ لأن المسلم إليه اشتراه على أنه كر، والكر اسم لأربعين قفيزًا، فلا يجوز له أن يتصرف فيه ولا أن يبيعه من غيره حتى يقبضه فيكتاله؛ لأنه ربما يكون زائدًا على أربعين قفيزًا فلا تسلم له الزيادة فيكون تصرفًا في مال الغير وأنه حرام فلا بد، وأن يقبضه فيكتاله، ثم يبيعه.

إذا ثبت هذا فنقول: إن المسلم إليه لما أمر رب السلم بقبض الكر الذي اشتراه قضاء لحقه، فيصير كأنه باع ذلك الكر من رب السلم في حق العين؛ لأن حق رب السلم كان في الدين، وإنما يأخذ العين بدلًا عن الدين فصار المسلم إليه بائعًا العين بالدين من رب السلم مكايلة فاجتمع صفقتان معنى فشرط الكيل مرتين، أحدهما: بشراء المسلم إليه من بائعه، والثاني: ببيعه من رب السلم بشرط الكيل فيما يرجع إلى العين فلا بد من الكيل مرتين؛ مرة للمسلم إليه، ومرة لنفسه؛ لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع للبائع وصاع للمشتري»[1] أي كيل للمسلم إليه حكم شرائه من بائعه وكيل لرب السلم بحكم شرائه من المسلم إليه.

ولو استقرض كرًا من إنسان، فلما طالبه المقرض اشترى المستقرض من رجل كرًا، وأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه: صح الأمر، وإذا قبض يكتفى بكيل واحد لأجل المستقرض؛ لأن المقرض يقبض عين حقه؛ لكون القرض إعارة فلا حاجة له

---

(١) أخرجه ابن ماجه برقم: (٢٢٢٨)، والدارقطني في سننه برقم: (٢٨١٩).

إلى الكيل، فيجب كيل واحد للمستقرض بحكم شرائه من بائعه.

رجل اشترى من رجل حنطة على أنها عشرة أقفزة، أو اشترى عشرة أقفزة حنطة من هذه الصبرة، أو اشترى كرًا ـ والكر اسم لأربعين قفيزًا ـ وقبضه: لم يجز أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يكتاله؛ لأنه ربما يزيد فلا تسلم له الزيادة أو تنقص فيرجع بحصته من الثمن، فلو باع أو أكل قبل الكيل ربما يصير بائعها أو آكلًا مال الغير وأنه لا يجوز، وهذا معنى نهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع للبائع وصاع للمشتري أي كيلان كيلي للبائع بحكم شرائه من غيره، وكيلٌ للمشتري الذي اشترى منه.

ولو اشترى كرًا وقبضه وكاله ورجل آخر حاضر ينظر إليه فباعه من ذلك الرجل: يجب على المشتري الثاني أن يكيله، ولا يجوز له أن يتصرف فيه حتى يكيله بعد الشراء وإن كان الكيل الأول بحضرته؛ لأنه لما اشتراه مكايلة لا بد من الكيل بعد الشراء؛ لأن البيع الوارد على مقدار يوجب بحكم البيع ما بين قدر المبيع وهو الكيل لاحتمال الزيادة والنقصان.

رجل أسلم إلى رجل في كر فلما حل الأجل دفع رب السلم إلى المسلم إليه غرائر وأمره أن يكيله في الغرائر: فالأمر باطل؛ لأن المسلم فيه دين، ولا يتصور جعل الدين في الغرائر، وإنما يثبت حقه في العين بالقبض، ولم يوجد، فلم يصير المسلم إليه نائبًا عنه في إمساك الغرائر؛ لأن الأمر لم يصح فلم تكن يد المسلم إليه على الغرائر كيد رب السلم، وصار رب السلم معيرًا الغرائر من المسلم إليه، فإذا جعل فيها الحنطة فقد جعل حنطة نفسه وبقي دين السلم في ذمته كما كان حتى لو هلكت الحنطة تهلك من مال المسلم إليه لا من مال رب السلم.

وكذلك لو أمره رب السلم أن يكيله في غرائر نفسه: لم يصح الأمر؛ لأن في

المسألة الأولى لم يصح الأمر مع أن الغرائر للمشتري وهو رب السلم، فإذا كان الغرائر للبائع وهو المسلم إليه أولى أن لا يصح الأمر.

ولو اشترى حنطة بعينها مكايلة ودفع المشتري إلى البائع غرائره، وأمره أن يكيله في غرائر المشتري ففعل: صح الأمر وصار المشتري قابضًا؛ لأن الأمر يتناول ملك المشتري وهي الحنطة المبيعة بعينها فصار البائع وكيلًا عنه في إمساك الغرائر وصار يده كيد المشتري فصار الواقع في الغرائر واقعًا في يد المشتري فصار قابضًا، ولهذا صح الكيل عند غيبة المشتري لكون البائع نائبًا عنه في الكيل فصار كيله ككيل المشتري.

ولو كان الغرائر للبائع وأمره بأن يكيله في غرائر نفسه ففعل: لم يصير المشتري قابضًا؛ لأن المشتري صار مستعيرًا للغرائر من البائع ولم يقبضه فلم تصح العارية فلم يكن يد البائع كيد المشتري فلا يكون الواقع فيها واقعًا في يد المشتري.

وكذلك إذا أمر البائع أن يكيل الحنطة المبيعة في ناحية من بيت نفسه ففعل: لم يصر قابضًا؛ لأن المشتري صار مستعيرًا للبيت ولم يقبضه فلم تصح العارية، فلم يصر الواقع في جانب البيت واقعًا في يد المشتري.

ولو أمر المشتري البائع بالطحن صح الأمر وكان الدقيق للمشتري؛ لأن الأمر يتناول ملك المشتري.

وفي المسلم فيه إذا أمر رب السلم المسلم إليه بالطحن: لم يصح الأمر؛ لأن الطحن يكون للعين لا للدين وحق رب السلم في الدين، وإنما يثبت في العين بالقبض فيكون أمرًا له بأن يطحن ملك نفسه.

وإن أخذ رب السلم الدقيق: كان حرامًا؛ لأنه بدل عن المسلم فيه، وقد قال عليه السلام: «لا تأخذ إلا سلمك، أو رأس مالك»[1] أراد به المسلم فيه حال بقاء عقد السلم

---

(١) أخرجه أبو داود برقم: (٣٤٦٨)، وابن ماجه برقم: (٢٢٨٣).

ورأس المال عند انفساخ العقد لكن العين بحكم البيع العزيمة وهو البيع الحال في المبيع المعين.

والدين يعني به الكر بحكم عقد السلم وهو البيع الجائز بطريق الرخصة وهو عقد السلم.

وإن اجتمع العين والدين، فدفع رب السلم الغرائر إلى المسلم إليه، وأمره أن يجعل العين والدين في الغرائر، فإن بدأ بالعين، ثم بالدين: صار رب السلم قابضًا العين والدين جميعًا؛ لأن الأمر في العين قد صح فصار نائبًا عنه في إمساك الغرائر فصار العين الواقع في الغرائر واقعًا في يد المشتري فإذا أوصل الدين بالعين، والعين في يد المشتري حكمًا فصار الدين في يده أيضًا فصار قابضًا للكل.

وصار كرجل استقرض من رجل كرًا وأمره أن يزرعه في أرض المستقرض ففعل: صح القرض، فصار المستقرض قابضًا الكر بإيصاله إلى ملكه بواسطة ذرع المقرض الكر في أرض المستقرض بأمر المستقرض، كذا هنا.

وكذا إذا دفع إلى الصائغ دينارًا ليتخذه خاتمًا أو غيره، وأمر الصائغ أن يزيد نصف دينار من عند نفسه قرضًا ففعل: صح القرض، وصار الصائغ باتصاله إلى ملك الآمر مسلمًا إليه نصف دينار؛ لما قلنا.

وإن بدأ المسلم إليه بالدين، ثم بالعين: لم يصر المشتري قابضًا شيئًا من ذلك؛ أما الدين فلما مر.

وأما العين، فلأنه خلط حنطة المشتري وهو رب المسلم بحنطة نفسه، وهي الحنطة الدين لما مر أنه بقي على ملك المسلم إليه، فصار مستهلكًا فينتقض البيع في الحنطة العين عند أبي حنيفة رحمه الله كهلاك المبيع قبل القبض.

وعندهما رحمهما الله: المشتري بالخيار: إن شاء شاركه في المخلوط بقدر حصته فيبقى عقد البيع فكان بمنزلة حنطة مشتركة بين اثنين، وإن شاء تركه وانتقض البيع كما قال أبو حنيفة رحمه الله.

رجل أسلم إلى رجل جارية في كر حنطةٍ وسلم الجارية إلى المسلم إليه فماتت الجارية في يد المسلم إليه، ثم تقايلا السلم: صحت الإقالة؛ لأن صحة إقالة البيع تعتمد قيام البيع، وقيام البيع بالمبيع، والمسلم فيه مبيع وإنه قائم صحت الإقالة فيجب على المسلم إليه رد الجارية وقد عجز عن ردها لموتها فيجب رد قيمتها.

ولو كانت الجارية حية وقت الإقالة فقبل أن يردها إلى رب السلم ماتت في يد المسلم إليه: لا تبطل الإقالة؛ لأن موت الجارية لما لم يمنع ابتداء الإقالة فلأن لا يمنع بقاء الإقالة كان أولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، فإذا ثبتت الإقالة وقد عجز عن رد الجارية فيجب رد قيمتها.

ولو اشترى من رجل جارية بألف وقبض المشتري الجارية فماتت في يده، ثم تقايلا: لم تصح الإقالة؛ لأن المبيع هاهنا هي الجارية دون الدراهم، وقد هلك المبيع، فلم تصح الإقالة، فبقي البيع بحاله كما كان.

ولو تقايلا وهي حية فقبل أن يسلمها المشتري إلى البائع فماتت ارتفعت الإقالة وصار كما لم يكن وعاد البيع السابق؛ لأن الإقالة بمنزلة بيع المشتري من البائع كأنه باعها منه ولم يسلمها حتى هلكت يبطل البيع، كذا هنا تبطل الإقالة، وعاد البيع فلا يجب على المشتري رد قيمة الجارية على البائع ولا على البائع رد الثمن على المشتري.

رجل أسلم إلى [رجل][1] عشرة دراهم في كر حنطةٍ، ثم تقايلا: يجب على

---

(١) في النسخة (ب) جل.

المسلم إليه رد العشرة، ولا يجوز لرب السلم أن يشتري منه بتلك العشرة شيئًا قبل القبض.

وقال زفر رحمه الله: يجوز؛ لأن رأس المال بعد الإقالة دين لا يجب قبضه في مجلس الإقالة فيجوز الاستبدال به كدين القرض والغصب وثمن المبيع، بخلاف الاستبدال برأس المال بعد السلم حيث لا يجوز؛ لأن قبض رأس المال في المجلس واجب والاستبدال يفوت ذلك.

ولنا في المسألة قوله عليه السلام: «لا تأخذ إلا سلمك»[1] يعني حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخ العقد، ولأن الإقالة بمنزلة بيع جديد في حق غير المتعاقدين، والشرع غير المتعاقدين، فصارت الإقالة بمنزلة ابتداء السلم في حق الشرع، والاستبدال برأس مال السلم عند ابتداء السلم حرام حقًا للشرع فكذا عند الإقالة، فإنما حرم الاستبدال لهذا المعنى لا؛ لأن قبض رأس المال في مجلس الإقالة واجب والاستبدال يفوته.

رجل باع دينارًا من زيد بعشرة دراهم، وسلم الدينار إلى زيد، ولم يقبض العشرة حتى اشترى من زيد ثوبًا بالعشرة التي له عليه في ذلك المجلس: فهو فاسد؛ لأن العشرة بدل الصرف وقبضها في المجلس واجب والاستبدال يفوت القبض الواجب.

ولو تقايلا عقد الصرف بعدما تقابضا وجب قبض البدلين في مجلس الإقالة، والاستبدال ببدل الصرف بعد الإقالة جائز وإن كان يفوت القبض الواجب في المجلس.

ولم يذكر في الكتاب الفرق بينهما فيذكر بعدهذا إن شاء الله سبحانه وتعالى.

رجل اسمه زيد له على عمرو عشرة دراهم، فاشترى زيد من عمرو دينارًا بالعشرة

---

(١) سبق تخريجه.

التي له عليه وقبض الدينار: صح الصرف، وسقطت العشرة عن عمرو؛ لأنه ملكها بدلًا عن الدينار فيسقط عن ذمته؛ لأن فائدة إضافة العقد إلى الدين سقوط العشرة عن ذمته من غير مقاصة، أكثر ما في الباب أن هذا عقد صرف، وفي الصرف قبض البدلين في المجلس شرط؛ لكن نقول: قبض البدلين في عقد الصرف إنما كان واجبًا؛ لأن الدراهم والدنانير في العقود إنما تتعين بالقبض فشرط قبض أحد البدلين حتى يصير عينًا بالقبض فلا يكون العقد دينًا بدين؛ لأنه حرام فإن النبي عليه السلام: «نهى عن بيع الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ»[1] ـ والله أعلم ـ أي عن بيع الدين بالدين وشرط قبض البدل الآخر حتى لا يؤدي إلى الربا؛ لأن أحد البدلين بالقبض أمن عن خطر الهلاك؛ لأن الدين في معنى التاوي فيؤدي إلى لا الربا وهذا المعنى معدوم في مسألتنا؛ لأن الدينار صار نقدًا وعينًا بالقبض فانعدم الدين بالدين، والعشرة التي بدل الدينار سقطت عن بائع الدينار فصار كأنه سلم له فلا يكون لهما خطر الهلاك، إنما الخطر لدين يجب بعقد الصرف لا لدين يسقط بعقد الصرف؛ ألا ترى أنه لو كان لأحدهما على صاحبه دراهم ولصاحبه عليه دينار فتقاصا الدراهم بالدينار صح، ويسقط عن ذمية كل واحد دين صاحبه؛ لأن هذا دين يسقط عن كل واحد منجمًا بالعقد.

ولو لم يكن لكل واحد على صاحبه شيء فتصارفا دراهم دين بدينار دين: لم يصح؛ لأن الدين هنا يجب بالعقد فيجب فيه قبضٌ معينٌ لم يوجد.

ولو اشترى زيد الدينار من عمرو بعشرة دراهم مطلقًا ولم يضفه إلى الدين الذي على عمرو وجب لعمرو على زيد عشرة دراهم أيضًا ببدل الدينار، ثم تقاصا العشرة بالعشرة في المجلس: صحت المقاصة؛ لأن إقدامهما على المقاصة تضمن فسخًا للصرف المطلق يعني شراء زيد الدينار من عمرو التيهي دين على بائع الدينار وهو عمرو بطريق الاقتضاء إذ لا يشترط في العقد المضاف إلى العشرة التيهي دين قبض

(١) أخرجه الدارقطني في سننه برقم: (٣٠٦٠)، والحاكم في المستدرك برقم: (٢٣٤٢).

العشرة؛ لأنه يسقط بالعقد ولا يجب بالعقد، وقد مر تقرير هذا قبيل هذا.

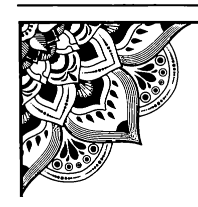
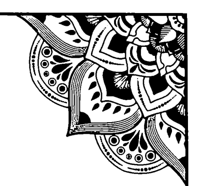
وعند زفر رحمه الله: لا تصح المقاصة؛ لأنه لا يقول ثبوت شيء بطريق الاقتضاء.

ولو لم يكن لزيد على عمرو شيء من الدين حتى اشترى من عمرو دينارًا بعشرة دراهم مطلقًا وقبض الدينار ولم ينقد العشرة لعمرو حتى وجب لزيد على عمرو عشرة بأن باعه ثوبًا بعشرة فسلم الثوب ولم يقبض العشرة من عمرو، ثم تقاصا العشرة بالعشرة وذلك كله في المجلس فيه روايتان.

والأصح أنه تصح المقاصة، ويكون ذلك فسخًا للصرف المطلق وهو شراء الدينار بعشرة مطلقة وإثباتًا لصرف آخر وهو شراء الدينار بالعشرة التيهي ثمن الثوب بطريق الاقتضاء.

وعند زفر رحمه الله: لا يصح لما قلنا، والله أعلم بالصواب.



باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز

لا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها أراد به الكلأ؛ لأنه باع ما لم يملك وهذا البيع لا يفيد الملك أيضًا؛ لأنه مباح في حق الناس كآفة، قال ﷺ: «الناس شركاء في ثلاثٍ الماء والنار والكلأ»(١) والمباح لا يملك إلا بالاستيلاء.

فإن أحرزه وباعه، يصح.

وأما الإجارة فلما ذكرنا من المعنى، ومعنى آخر أن الإجارة تمليك المنافع مع بقاء العين، وهنا العقد ورد على استهلاك العين وهو الكلأ: فلم يصح؛ ألا ترى أنه لو استأجر بقرة ليشرب لبنها: لا يصح؛ لما قلنا.

ولا يجوز بيع السمك في حظيرة لا يستطيع الخروج منها إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد؛ لأنه غير مقدور التسليم، فصار كبيع فرس عابر لا يؤخذ إلا بحيلة.

وهذا إذا أخذ السمك وألقيها في الحظيرة حتى كان ملكًا له، أما إذا اجتمعت بنفسها: لا يجوز كيف ما كان؛ لأنه باع ما لم يملك؛ ألا ترى أن الصيد إذا انكسرت رجله في أرضه، أو تكنس ظبيٌ في أرضه لم يملكه؛ لما قلنا.

وإن ألقاها في الحظيرة وأمكن أخذها بغير صيد: جاز بيعها، وللمشتري الخيار إذا رأها؛ لأنه اشترى ما لم يره؛ لأن الرؤية في الماء لا تتحقق على التمام والكمال.

ولا يجوز بيع النحل؛ لأنه من الهوام فلا يجوز كبيع الزنبور.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم: (٣٤٧٧)، وابن ماجه برقم: (٢٤٧٢).

وعن محمد رحمه الله: أنه يجوز إذا كان محرزًا أي مجموعًا؛ لأنه حيوان منتفع به.

فإن أحدث العسل في كوارتها فاشترى الكوارة بما فيها من العسل: جاز بالاتفاق ويدخل النحل فيه تبعًا.

وأما إذا باع دود القز: لا يجوز بيعه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند محمد رحمه الله: يجوز، وعند أبي يوسف رحمه الله إن ظهر القز جاز وإلا فلا.

وأما بزره لا يجوز بيعه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجوز؛ لمكان الضرورة والعادة.

وأما الحمام إن عرف عددها وأمكن تسليمها: جاز بيعها؛ لأنه مقدور التسليم.

ولا يجوز بيع الآبق؛ لنهي النبي عليه السلام عن بيع الْآبِقِ[1]، ولأنه معجوز التسليم.

ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح؛ لأن الآدمي خلق مكرمًا فلا يجوز أن يكون شيء منه مبتذلًا.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه أجاز بيع لبن الأمة.

وعند الشافعي رحمه الله: يجوز في الكل[2].

---

(١) عن أبي سعيد الخدري، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعما في ضروعها إلا بكيل، وعن شراء العبد وهو آبق، وعن شراء المغانم حتى تقسم، وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة الغائص»
أخرجه ابن ماجه برقم: (٢١٩٦).

(٢) ويجوز بيع لبن الآدمية خلافًا لأبي حنيفة فانه طاهر منتفع به وليس بآدمي. الوسيط في المذهب: (٣/ ٢٠).

وكذلك لا يجوز بيع شعر الآدمي؛ لما قلنا.

وكذلك الانتفاع به حرام للنساء؛ بقوله عليه السلام «لعن الله الواصلة، والمستوصلة»[1] والواصلة: المشاطة التي تصل شعر غيرها بشعرها.

والمستوصلة: التي تأمر المشاطة بذلك.

وإنما جازت الرخصة فيما يتخذ من الوبر في قرون النساء وذوائبهن.

وشعر الآدمي طاهر عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله: نجس[2]؛ لأنه حرام الانتفاع.

وإنا نقول: بلى؛ لكن لكرامته فلا يدل على نجاسته.

ولا يجوز بيع شعر الخنزير ويجوز الانتفاع به للخرز؛ لأن ذلك العمل لا يتأتى بغيره فكان فيه ضرورة ولا ضرورة إلى تجويز البيع.

ولو وقع في الماء القليل لا ينجسه عند محمد رحمه الله؛ لأن حل الانتفاع به يدل على طهارته.

وعند أبي يوسف رحمه الله: ينجسه؛ لأن الانتفاع كان لأجل الضرورة ولا ضرورة في هذا.

ولا يجوز بيع جلود الميتة والانتفاع بها قبل أن تدبغ؛ لأنه نجس لقوله عليه السلام: «لا تنتفعوا من الميتة بإهابٍ»[3] وهو اسم لغير المدبوغ.

---

(١) أخرجه البخاري برقم: (٥٩٣٣)، ومسلم برقم: (٢١٢٢).

(٢) وقيل في نجاسة شعر الآدمي بعد الانفصال عنه: قولان؛ بناءً على نجاسة بدنه بالموت. التهذيب: (١/ ١٧٧).

(٣) أخرجه أبو داود برقم: (٤١٢٧)، والترمذي برقم: (١٧٢٩)، والنسائي برقم: (٤٢٤٩)، وابن ماجه برقم: (٣٦١٣).

فإذا دبغه: فلا بأس ببيعه والانتفاع به؛ لما روي أن النبي عليه السلام «مر بشاةٍ ميتةٍ فقال: لمنهـي؟، فقيل: لميمونة، فقال: هل لا انتفعتم بإهابها، فقيل: إنها ميتةٌ؟، فقال: «أيما إهابٍ دبغ فقد طهر»[1].

وكل ما يطهر بالدباغ يطهر بالذكاة، فكذلك بالدباغ الحكمي.

ولا بأس ببيع عظام الميتة، وعصبهـا، وعقبها، وصوفها، وقرنها، وشعرها، ووبرها، والانتفاع بذلك كله عندنا جائز؛ لأنها طاهرة؛ لأنه لا حياة فيها فلا يحلها الموت، والتألم يكون للحم المتصل بالعظم لا للعظم.

ويطهر جلد جميع الحيوانات بالدباغ والذكاة عندنا إلا جلد الآدمي والخنزير.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يطهر جلد الخنزير أيضًا.

وكذلك لحم ما لا يؤكل يطهر بالذبح حتى لو وقع في الماء القليل: لا يفسده.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يطهر جلد شيء من هذه الأشياء بالذبح قولًا واحدًا أيضًا، وفي سائر السباع له قولان.

عبد آبق فجاء رجل، وقال: إن عبدك الذي أبق في يدي فبعه مني فباعه منه: جاز؛ لأن النهي ورد عن بيع آبق مطلقًا، وأنه ليس بآبق في حق المشتري.

ولو قال: هو في يدي فلان فبعه مني فباعه منه: لم يجز؛ لأن آبق في حق المتعاقدين.

رجل باع هذه على أنها جارية فإذاهـو غلام: فالبيع باطل؛ لأن الذكر مع الأنثى من بني آدم جنسان مختلفان لاختلاف المقصود، فإن الجارية تخدمه داخل البيت والغلام يخدمه خارج البيت نحو الزراعة والتجارة وغيرها، فإذا اختلف المقصود اختلف الجنس، وعند اختلاف الجنس البيع يتناول المسمى في البيع وهو معدم وبيع المعدوم باطل.

---

(١) بنحوه أخرجه البخاري برقم: (٥٥٣١)، ومسلم برقم: (٣٦٥).

ولو باع هذه البهيمة على أنها ذكر فإذا هي أنثى: جاز البيع، والمشتري بالخيار؛ لأن المقصود منهما واحد فكان الجنس واحدًا، وعند اتحاد الجنس يتناول المشار إليه وأنه موجود فجاز البيع، وثبت الخيار؛ لفوات الوصف المشروط، ونظيره إذا باع فصًا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج: كان البيع باطلًا.

ولو اشترى على أنه خباز فإذا اهو ليس بخباز: جاز البيع وثبت الخيار للمشتري.

كذا هنا.

رجل باع إلى النيروز[(١)]، أو إلى المهرجان[(٢)]، أو إلى الحصاد، أو إلى الدياس، أو إلى الجزاز، أو إلى قطف العنب: فالبيع فاسد، وإن كفل إلى شيء من هذه الأوقات صحت الكفالة؛ لأن الأجل صفة الثمن، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع، فأما جهالة الدين لا تمنع صحة الكفالة؛ ألا ترى أنه إذا قال: ما دأب لك على فلان فهو عليَّ: صحت الكفالة فكذلك جهالة صفة الدين لا تمنع صحة الكفالة.

علوٌ لرجل وسفلٌ لآخر فسقطا، أو سقط العلو وحده، فباع صاحب العلو علوه: لم يصح؛ لأن البيع إما أن يكون للهواء، أو لحق التعلي، وهو حق البناء على السفل والهواء ليس بعين مال؛ لأن المال ما يمكن إحرازه، وحق التعلي ليس بعين ولا يشبه العين لما تبين، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعًا للأرض بِالْإِجْمَاعِ، ويجوز بيعه مقصودًا في رواية، وهو قول بعض مشايخ بلخ؛ لأنه عبارة عن نصيب الماء وأنه عين مال، إلا أنه لا يجوز بيعه مقصودًا في رواية؛ لجهالته، فإذا بيع تبعًا للأرض جاز، ويكون له قسطًا من الثمن، كذا ذكر في كتاب الشرب في رجل ادعى أرضًا بشربها أنه اشتراها بألف درهم فشهد شاهدين أحدهما ذكر الشرب في شهادته، والآخر لم يذكر الشرب: لا تقبل

---

(١) **النيروز:** أول يوم من الصيف وهو أول يوم تحل الشمس فيه الحمل. الجوهرة النيرة: (١/ ٢٠٤).

(٢) **المهرجان:** أول يوم من الشتاء وهو أول يوم تحل فيه الشمس الميزان. الجوهرة النيرة: (١/ ٢٠٤).

شهادتهما؛ لأن الذي ذكر الشرب جعل بعض الألف بمقابلة الأرض والبعض بمقابلة الشرب، والذي لم يذكر الشرب جعل جميع الألف بمقابلة الأرض فاختلف المشهود به فلم تقبل شهادتهما.

وبيع الطريق وهبته جائز.

أما إذا كان المراد من الطريق رقبة الأرض؛ فلأنه معلوم الطول والعرض غالبًا وعرضه مقدار عرض المار.

وإن كان المراد حق المرور فكذلك يجوز في روايةهـذا الكتاب.

وفي رواية كتاب القسمة: جعل لحق المرور قسطًا من الثمن.

وفي رواية الزيادات: لا يجوز.

ولا يجوز بيع المسيل ولا حق المسيل سواء كان على الأرض، أو على السطح؛ لأن مقدار ما يسيل الماء من الأرض، أو من السطح مجهول جدًا.

ثم فرق بين حق المرور في رواية، وبين حق التعلي.

والفرق: أن حق المرور يتعلق بماله بقاء وهو رقبة الأرض فألحق بما يبقى وهو الأعيان فيجوز بيعه، وحق التعلي يتعلق بما لا بقاء له وهو السطح فألحق بما لا يبقى وهو المنافع فلا يجوز بيعه.

رجل اشترى عبدًا بخمر أو خنزير فـقبضه، ثم أعتقه، أو وهبه، أو باعه بيعًا صحيحًا: صح هذه التصرفات وعليه القيمة.

خلافًا للشافعي رحمه الله[1]؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك بالقيمة عند اتصال

---

(١) المعاني البديعة: (١/ ٤٥٦).

القبض به عندنا، ولا يبقى للبائع حق الاسترداد بعد هذه التصرفات، ولا يكون له نقض هذه التصرفات؛ لأنها حصلت بتسليط البائع، وتجب قيمة العبد على المشتري؛ لأن الأصل أن يكون بدل العبد هو القيمة، وإنما لا تجب القيمة عند التسمية ويجب المسمى حتى لا يفسد البيع وهنا البيع فاسد فيصار إلى الأصل وهو القيمة.

وإنما قلنا: بأن البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به؛ لأن البيع قد وجد؛ لأن وجوده بوجود ركنه من أهله في محله وقد وجد فيثبت حكمه، وهو الملك عند القبض، وإذا ثبت الملك فالتصرف الحاصل في الملك يكون نافذًا.

ولو أجر المشتري العبد: كان للبائع حق النقض؛ لأن بالإجارة لم يزل العبد عن ملكه، فبقي للبائع حق الاسترداد بعلة فساد الملك.

مسلمٌ وكل نصرانيًا ببيع خمر له أو بشرابها: صح التوكيل في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يصح التوكيل؛ لأن المسلم لا يملك المباشرة بنفسه فلا يملك التوكيل لغيره.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الموكل أهل لثبوت الملك له في الخمر؛ ألا ترى أنه يرث الخمر ويبقى له الملك في الخمر، والوكيل أهل للتصرف في الخمر فيصح التصرف وهو الشراء والبيع من الوكيل الذمي، ويثبت الملك للموكل من غير تصرف الموكل المسلم كالإرث؛ لأن عبارة الوكيل الذمي لا تنتقل إلى الموكل؛ لما عرف أن الوكيل في البيع والشراء ليس سفير ولا معبر عن الموكل، بل الوكيل أصل في مباشرة البيع والشراء؛ ولهذا ترجع حقوق العقد في البيع والشراء إلى الوكيل دون الموكل أما حكم البيع والشراء، فيقع للموكل بخلاف النكاح على ما عرف.

وإذا ثبتت هذه القاعدة علم أن الموكل المسلم بالتوكيل للذمي بشراء الخمر أو ببيع الخمر غير متصرف في الخمر أعني أنه غير مملك الخمر ولا يتملك لكنه بالتوكيل،

تصرف في الذمي فيجعل الذمي وكيلًا عنه فإن أثر التوكيل لإنسانٍ صيرورة ذلك الإنسان وكيلًا فقط، ثم بعدما صار وكيلًا يتصرف في التصرف الموكل به بأصالته، فإن لكل مكلف أن يتصرف في نفسه وفيما يحتاج إليه من التصرفات إذا لم يكن محظورًا والمسلم غير ممنوع عن التصرف في الذمي برضا الذمي.

وكذلك إذا وكله بشراء الخنزير أو ببيعه: فهو على الاختلاف.

وإذا ملك الخمر والخنزير: خلل الخمر، وسيب الخنزير، وفي البيع: يتصدق بثمنهما.

ولو اشترى دارًا شراءً فاسدًا وتقابضا، ثم أراد البائع أن يسترد الدار بحكم فساد البيع: ليس له أن يسترد حتى يؤدي إلى المشتري ما قبض منه من قيمة الدار؛ لأن الدار محبوسة في يده بمنزلة الرهن بالدين، فإن مات البائع فالمشتري أحق بالدار من غرماء البائع حتى يصل إليه ماله؛ لأنه لما كان أحق به من البائع حال حياته فكذلك يكون أحق به من غرمائه بعد وفاته.

فإن كان استهلك البائع ما دفع إليه المشتري، فإنه يباع الدار لحق المشتري، فإن فضل شيء من ثمن الدار يصرف إلى الغرماء كما في الرهن بالدين.

وإن كان عين المدفوع قائمًا: ترد عينه إلى المشتري؛ لأن الدراهم والدنانير تتعين في البيع الفاسد عند الفسخ كما في الغصوب.

ثم المشتري شراء فاسدًا إذا لم ينقد الثمن لا يتمكن من قبض المبيع من غير إذن البائع، وبعد النقد يتمكن من القبض في المجلس وغير المجلس؛ لأن البائع لما قبض الثمن فقد أذن له بالقبض.

ولو اشترى دارًا شراء فاسدًا فبنى فيها بناءً بطل حق البائع في الاسترداد عند أبي

حنيفة رحمه الله حتى يثبت للشفيع حق الشفعة؛ لأن البناء حصل بتسليط البائع، فصار كما لو باعه أو وهبه من غيره.

وقالا: للبائع إن يأمره بنقض البناء ويسترد الدار حتى لا يثبت للشفيع حق الشفعة عندهما؛ لأن حق البائع في الاسترداد فوق حق الشفيع في الشفعة في الشراء الصحيح بدليل أن حق البائع في البيع الفاسد يورث ويثبت من غير قضاء، ولا رضاء، وحق الشفيع لا يورث ولا يثبت إلا بقضاء أو رضاء، ثم البناء في الشراء الصحيح لا يبطل حق الشفيع؛ بل ينقض البناء لحق الشفيع فأولى أن ينقض لحق البائع في الاسترداد.

وكذلك إذا اشترى أرضًا شراءً فاسدًا وغرس فيها.

فهو على ما ذكرنا.

وبيع العقار قبل القبض جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

خلافًا لمحمد وزفر والشافعي[١] رحمهم الله.

لنا: أن المانع من جواز البيع قبل القبض عذر الهلاك ـ أي خطر الهلاك ـ، والغرر منتفي هنا؛ لأن العقار هو عرصة الأرض وأنه لا يحتمل الهلاك.

ولو أجر الدار قبل القبض، قيل: هو على هذا الاختلاف، والأصح: أنه لا يجوز؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، وأنه دون المنقول، وبيع المنقول قبل القبض: لا يجوز فهذا أولى.

السلطان إذا أكره رجلًا ببيع عبده أوهبته أو بطلاق أو عتاق أو نكاح: لم يجز البيع والهبة، وصح الطلاق والعتاق والنكاح عندنا.

وعند الشافعي رحمه الله: كله باطل.

---

(١) جاء في تقويم النظر: (٢/ ٢٥٣) بيع العقار قبل القبض. المذهب: لا يجوز.

وإذا لم يجز البيع عندنا فإذا قبض المشتري: يثبت الملك.

وقال زفر رحمه الله: لا يثبت.

لنا: أن الثابت بالإكراه عدم الرضا، والرضا ليس بشرط في الطلاق والعتاق والنكاح؛ لقوله عليه السلام: «ثلاثٌ جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والعتاق»(١).

بخلاف البيع والهبة؛ لأن الرضا فيه شرط لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩].

رجل اشترى جارية بألف درهم، وقبض الجارية ولم ينقد الثمن حتى باعها من البائع بخمسمائة: عندنا لا يجوز.

خلافًا للشافعي رحمه الله.

لنا: أن البيع الثاني فيه شبهة الربا؛ لأن في البيع الثاني حصل ربح خمسمائة من غير عوض ولا ضمان يقابله؛ لأن الخمسمائة بالخمسمائة تصير قصاصًا بقي للبائع الأول خمسمائة من غير عوض ولا ضمان؛ لأن الثمن لم يدخل في ضمان البائع، فكان هذا ربح ما لم يضمن.

ولو ضم المشتري إلى الجارية التي اشتراها جارية أخرى، ثم باعهما من البائع بألف درهم قبل نقد الثمن: فالبيع فاسد في التي اشتراها من البائع؛ لما قلنا، وجاز في التي ضم إليها، وهذا لا يشكل على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وإنما يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عنده البيع إذا فسد بعضه فسد كله إذا كان الفساد مقارنًا وهنا لا يفسد؛ لأن الفساد في أحد النصفين ليس بمقارن بل هو طارئ؛ لأنهما

---

(١) أخرجه أبو داود برقم: (٢١٩٤)، والترمذي برقم: (١١٨٤)، وابن ماجه برقم: (٢٠٣٩).

لم يذكرا في البيع ما يوجب فساد البيع لكن شبهة الربا إنما تتحقق بعد البيع وهو ربح خمسمائة من غير عوض ولا ضمان يقابله، والفساد في النصف متى كان طارئًا لا يتعدى إلى النصف الآخر كمن ابتاع عبدين صفقة واحدة وبين ثمن كل واحد منهما، ثم ألحقا الأجل إلى وقت الحصاد في ثمن أحدهما فسد البيع ولا يتعدى إلى الآخر، كذا هنا.

رجل اشترى جارية شراءً فاسدًا وقبضها وباعها وربح عليها: فالربح لا يطيب للمشتري؛ لأن الربح حصل بسبب ملك فاسد، وأنه لا يفيد الحل.

والبائع لو اشترى بالثمن شيئًا وربح: يطيب له الربح؛ لأن الربح لا يحصل على ملك فاسد؛ لأن ثمن ما اشترى يجب في ذمته بالشراء؛ لأن الدراهم والدنانير لا تتعين في العقود عندنا، ثم المشتري يقضي دينه الذي وجب في ذمته بسبب الشراء بالثمن الذي يؤدى إلى البائع.

ولو كان عنده دراهم وديعة، أو غصب فاشترى بها شيئًا وربح: لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يشير إليها وينقد منها فلا يطيب له الربح؛ لأن الربح حصل بملك الغير من كل وجه.

وكذلك إن أشار إليها ونقد من مال نفسه؛ لأن الربح إن لم يسلم له بملك الغير لكن جواز العقد كان بملك الغير؛ لأن الإشارة إلى الدراهم تصح لبيان القدر والجنس والوصف، وبيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا بد منه لجواز العقد فقد توسل بمال الغير من وجه إلى الربح.

وإن أشار إلى مال نفسه ونقد من مال غيره فلا يطيب أيضًا؛ لأن الربح سلم له

بمال الغير فقد توسل بمال الغير من وجه إلى الربح.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يطيب له في الوجوه كلها.

ولو ادعى على آخر عشرة دراهم، وصدقه المدعى عليه، ودفع الدراهم إليه، فتصرف فيها، وربح، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين: يطيب له الربح؛ لأن المدعي قبض الدراهم بدلًا عن الدين فثبت الملك له بالقبض، فإذا تصادقا أنه لم يكن عليه دين كانت الدراهم المقبوضة بمنزلة بدل المستحق، وبدل المستحق مملوك لكن فسد الملك فيطيب الربح الحاصل؛ لما قلنا.

رجل اشترى جارية قيمتها ألف درهم، وفي عنقها طوق فضة وزنه ألف درهم، اشتراها مع الطوق بألفي درهم، ونقد ألف درهم في المجلس ولم ينقد الألف الأخرى، وأجله في الألف الآخر: فالمنقود حصة الطوق؛ لأن قبض حصة الطوق في المجلس واجب وقبض حصة الجارية ليس بواجب، والظاهر الإتيان بالواجب وبما فيه صحة العقد.

ولو اشترى أم ولد، أو مدبرة، وماتت في يده: ضمن قيمتها عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأنه قبضهما بحكم عقد معتبر؛ لأن أم الولد والمدبرة محل للبيع؛ ولهذا لو جمع بين القن وبين أم الولد أو المدبر في البيع، وسمى الثمن جملة، ينقسم الثمن عليهما، وينفذ البيع في القن بحصته من الثمن، فثبت أنه قبضهما بحكم عقد معتبر، ثم المقبوض بجهة البيع مضمون بالقيمة وهو المقبوض على سوم الشراء، فالمقبوض بحكم البيع المعتبر أولى أن يكون مضمونًا بالقيمة.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يضمن المشتري شيئًا؛ لأن المدبر وأم الولد ليس بمحل لحكم البيع وهو الملك وضمان البيع مقابل بالملك، فإن المضمون يملك بأداء الضمان، فإذا لم يكن محلًا لثبوت الملك لا يكون إيجاب الضمان مقابلًا بالملك،

وصار كما إذا باع المكاتب وهلك في يد المشتري: لا يضمن شيئًا؛ لما قلنا كذلك هنا.

وعلى هذا الخلاف إذا باع عبدًا بميتة وقبض العبد ومات في يده: لا يضمن شيئًا عنده، وعندهما: يضمن.

ثم ذكر أن اللحم وشحم البطن والألية أجناس مختلفة جاز بيع بعضها ببعض متفاضلًا؛ لاختلاف المقصود.

وكذلك لو باع بيضة ببيضتين أو جوز بجوزتين أو ثمرة بثمرتين: جاز؛ لأنه انعدم الكيل فلا يجرى الربا.

ولو كان أحدهما نسيئة: لم يجز؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النساء.

ولو باع فلسًا بعينه بفلسين بأعيانهما: جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله: لا يجوز.

لهما: أن الثمنية بطلت باصطلاح المتعاقدين تصحيحًا لتصرفهما؛ لكن لم يبطل كونه عدديًا فيجوز هنا كما لو باع جوزة بجوزتين.

وعند محمد رحمه الله: لم تبطل الثمنية فلم يصح البيع.

ولو كان أحد الجانبين نسيئة، أو كلا الجانبين نسيئة: لم يجز؛ لأن الدين بالدين حرام، ولأن الجنس بانفراده يحرم النساء.

وكل ما يباع بالأمناء[1] أو بالأواقي[2]: فهو وزني؛ لأن الأواقي قدرت بالوزن

---

(١) **المن**: عند الْحَنَفِيَّة: ٥ , ٨١٢ غرامًا.
وَعِنْدَ الْجُمْهُور: ٥ , ٧٧٣ غرامًا.

(٢) **الأوقية**: معيار للوزن، جمعه أواقي، ويختلف مقدارها شراعًا باختلاف الموزون.
والأوقية من غير الذهب والفضة أربعون درهمًا = ١٢٧ غرامًا». =

حتى لو باعه بجنسه بكيل لم يعرف مقداره: لم يجز؛ لأنه يصير كأنه باعه بجنسه مجازفة: فلا يجوز.

ولو اشترى من المكيلات، أو الموزونات شيئًا مجازفة بثمن من خلاف جنسه: يجوز، ويجوز التصرف فيه بعد القبض ولا يحتاج إلى الكيل والوزن؛ لأن البيع لم يتناول المقدر.

وإن اشتراه على أنه عشرة أقفزة: لم يجز التصرف فيه إلا بعد القبض والكيل.

وقد مر هذا من قبل.

والمعتبر هو الكيل بعد البيع بحضرة المشتري ويكفيه كيل واحد، وهو الصحيح؛ لأن الكيل لإعلام قدر المبيع، وذلك يكون بعد البيع، والإعلام يحصل بكيل واحد، ويشترط أن يكون بحضرة المشتري، فإنه ذكر في الجامع الكبير: لو باع قفيزًا من صبرة فكاله البائع عند غيبة المشتري فهلك القفيز يهلك على البائع والبيع باقي في قفيز من الصبرة؛ لأن بذلك الكيل لم يتميز المبيع فإن الكيل من تمام التسليم والتسليم إلى الغائب لا يتصور.

وأما المذورعات فإن اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع فقبضه: جاز التصرف فيه قبل الذرع؛ لأن الزيادة والنقصان في باب الثوب بمنزلة الصفة؛ لأنه يزيد في طوله، أو في قصره، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ولا ينتقص بفواته شيء من الثمن؛ لأنه

= **وأوقية الفضة**: أربعون درهمًا «ولكن درهم الفضة يساوي ٢,٩٧٥ غرامًا»، وعلى هذا فأوقية الفضة = ١١٩ غرامًا.

وأوقية الذهب سبعة مثاقيل ونصف مثقال، وهي تساوي ٢٩,٧٥ غرامًا.

الأوقية اليوم توزن بها الأشياء ويختلف مقدارها باختلاف البلاد.

فهي في مصر تساوي ٣٤ غرامًا»، وفي جنوب بلاد الشام تساوي ٢٠٠ غرامًا «وفي شمال بلاد الشام (حلب) تساوي ٣٣٣ غرامًا». معجم لغة الفقهاء: (ص٩٧).

تبع فيملك تبعًا لملك الأصل.

وأما العدديات فإن اشترى عدديًا من الجوز والبيض ونحوه وقبضه، روي عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لم يجز التصرف فيها قبل العد.

وقالا: يجوز؛ لأنه ليس من أموال الربوية فصار نظير المذروعات.

ولأبي حنيفة رحمه الله: الفرق وهو أن في العدديات الزيادة لا تسلم للمشتري؛ لأن الزيادة ليست بمنزلة الوصف؛ بل يزيد في قدره فصار كالمكيلات من هذا الوجه، فيشترط العد بعد البيع، حتى لو زاد ترد الزيادة على البائع ولو انتقص يرجع بحصة النقصان من الثمن.

ولو اشترى شيئًا من المكيل أو الموزون وقبضه، ثم وجد ببعضه عيبًا، فإن كان في وعاء واحد: لا يرد المعيب؛ لأن تمييز المعيب من غير المعيب يوجب حدوث زيادة عيب به في يد المشتري، وحدوث العيب في يد المشتري يمنع الرد بالعيب.

وإن كان في وعائين: يرد المعيب خاصة؛ لأن رده لا يوجب حدوث عيب في الآخر.

ولو كان في وعاء واحد فاستحق بعضه، ففي رد الباقي روايتان، والأصح: أنه لا يرد بل يرجع المشتري بحصة المستحق من الثمن؛ لأن استحقاق البعض يوجب عيبًا في الباقي حتى لو كان شيئًا يصير الباقي معيبًا باستحقاق بعضه كان له أن يرد الباقي على البائع.

رجل اشترى زيتًا على أنه يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان الظرف خمسين رطلًا: فالبيع فاسد؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد؛ لأن مقتضى العقد أن يطرح مقدار وزن الظرف أيَّ وزن كان ولعل وزن الظرف أقل من المشروط أو أكثر، فإذا شرط بخلافه فسد البيع.

ولو اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من حمام أو دار، فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز إذا كانت الدار كلها مائة ذراع؛ لأن عشرة من مائة عشرها وبيع عشر الدار جائز بِالْإِجْمَاعِ فكذا هذا.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز سواء كانت الدار مائة ذراع أو أكثر أو أقل، وهو الصحيح؛ لأن الذراع حقيقة اسم لجنس يذرع به الممسوح، وإنما صار مجازًا لما يذرع من الممسوح على المذروع باعتبار حلول الذرع؛ لأن إطلاق اسم الحال على المحل يجوز بطريق المجاز، والذراع محل مكانًا عينًا لا شائعًا؛ لأن ذرع الشائع لا يتصور فلم يصير مجازًا عن الجزء الشائع؛ بل صار مجازًا عن جزء عين وذلك مجهول وبيع المجهول باطل، وصار كما لو كانت الدار مقسومة بثلاثة أقسام فقال: بعتك قسمًا واحدًا من هذه الأقسام الثلاثة ولم يعين: لم يجز؛ لأن القسم ليس اسمًا للشائع بل هو اسم جزء عين مقدر، فإذا كان مجهولًا: لم يصح البيع كذلك ههنا الذراع من الأرض جزء عين في نفسه غير شائع لكنه مجهول فلم يصح البيع لجهالته، وصار كما لو قال: بعتك بيتًا من هذه البيوت: لم يجز، كذا هنا.

بخلاف ما لو باع عشرة أسهم من مائة سهم: حيث يجوز؛ لأن السهم اسم لجزء شائع من الدار، فإنه إذا قال: بعتك سهمًا من سهمين من الدار: يصح، بمنزلة قوله: بعتك نصف الدار؛ ألا ترى أن سهمًا من عشرة أسهم لا يكون مثل سهم من مائة سهم، وذراع من عشرة أذرع يكون مثل ذراع من مائة ذراع فظهر الفرق بينهما.

ولو اشترى دارًا على أنها ألف ذراع فوجدها زائدة على ألف: تسلم الزيادة للمشتري من غير شيء، ولو وجدها أنقص: لا يرجع بشيء من الثمن؛ لما مر أن الذرع في المذروعات جاري مجرى الوصف والوصف لا يقابله شيء من الثمن.

ولو كان قال: كل ذراع بدرهم: لم تسلم له الزيادة مجانًا لكنه يتخير: إن شاء أخذ

الكل كل ذراع بدرهم، وإن شاء ترك البيع؛ لأنه عسى أن لا يتيسر له أداء ثمن الزيادة فلم يكن راضيًا به.

وإن وجده أنقص يتخير أيضًا: إن شاء أخذه كل ذراع بدرهم، وإن شاء ترك؛ لأنه عسى لا يرضى بضيق الدار، وهذا لأنه لما قابل كل ذراع بدرهم صار أصلًا ولم يبق تبعًا؛ لأن التبع لا يقابله شيء من الثمن، وهنا لما قابل الثمن بالزيادة لا يبقى تبعًا، وكذلك هذا في الخشب والثوب وجميع ما يذرع.

ولو اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فوجده عشرة ونصفًا، قال أبو حنيفة: يأخذه بعشرة، ويسلم له نصف الذراع مجانًا؛ لأن النصف لم يقابله الثمن فكان وصفًا.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يأخذ بأحد عشر إن شاء؛ لأن نقصان نصف الذراع عن أحد عشر فوات الوصف فلا يسقط شيء من الدراهم.

وقال محمد رحمه الله: يأخذ بعشرة دراهم ونصف درهم إن شاء.

وإن وجده تسعة ونصفًا:

فعند أبي حنيفة رحمه الله: يأخذه بتسعة إن شاء.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يأخذه بعشرة إن شاء.

وقال محمد رحمه الله: يأخذه بتسعة ونصف إن شاء؛ بناء على ما تقدم.

قال مشايخنا رحمهم الله: هذا في الثوب الذي يتعيب بقطع بعضه كالقميص والسراويل والعمامة ونحوه، فإما إن كان كرباسًا لا يضره قطع البعض فاشتراه على أنه عشرة أذرع فوجدها أحد عشر: لا تسلم له الزيادة؛ بل ترد على البائع كما في المكيلات والموزونات.

وعلى هذا قالوا: لو باع ذراعًا من هذا الكرباس يجوز كما لو باع قفيزًا من هذه الصبرة: يجوز؛ لأن القطع والتمييز لا يضر بالباقي.

ولو باع ذراعًا من هذا القميص أو من هذه العمامة: لا يجوز؛ لأن القطع يضره فصار كما لو باع جذعًا من السقف، أو حلية من السيف: لا يجوز؛ لما قلنا، كذا هذا، إلا إذا قطعه وسلمه وقبل المشتري فحينئذٍ يجوز بطريق الابتداء.

ولو باع ثوبًا كل ذراع بدرهم ولم يعلم عدد ذرعان الثوب، أو باعهـذا القطيع كل شاة بدرهم، ولم يعلم عددها: فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن قدر المبيع مجهول وثمنه مجهول.

إلا إذا أعلمه عدد الذرعان وعدد الشياه في المجلس: فحينئذٍ يجوز إن قبل المشتري؛ لأن ساعات المجلس كساعة واحدة، فصار كما لو أنشئ البيع بعد الإعلام، فإن افترقا، ثم أعلمه: لم يجز؛ لأن الفساد نشأ من محل البيع وهو جهالته، وقد تقرر بالافتراق عن المجلس، وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما رحمهما الله: لزمه البيع في الكل كل ذراع بدرهم وكل شاة بدرهم؛ لأن طريق العلم ثابت فقام مقام العلم.

ولو اشترى طعامًا كل قفيز بدرهم ولا يعلم عدد جملة القفزان: فعندهما صح البيع في الكل كل قفيز بدرهم؛ لما مر.

وأما عند أبي حنيفة رحمه الله: يجوز في قفيز واحد؛ لأنه متى تعذر تصحيح البيع في الكل يجب صرفه إلى الأدنى، وبيع قفيز من جملة الطعام جائز؛ لأن التبعيض لا يضره على ما مر.

وفي مسألة الثوب والقطيع فسد البيع في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله ولم يجز

في ذراع واحد ولا في شاة واحدة؛ لأن بيع ذراع واحد من الثوب وبيع شاة واحدة من القطيع: لا يجوز، فأما بيع قفيز واحد من الصبرة جائز، وهذا في ثوب يضره التبعيض، أما في الكرباس[١] ينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام؛ لأن التبعيض لا يضره.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله لما جاز البيع في قفيز واحد يتخير المشتري؛ لتفرق الصفقة عليه، وعندهما رحمهما الله: لا خيار للمشتري بل يلزمه الكل.

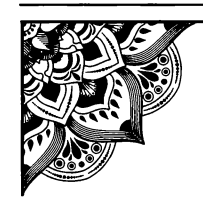
رجل اشترى سمنًا في زق، ثم رد الزق وهو عشرة أرطال، فقال البائع: ليس هذا زقي، وكان زقي خمسة أرطال: فالقول قول المشتري؛ لأنه أنكر القبض فيما سواه، والله تعالى أعلم.



---

(١) **الكرباس**: بكسر فسكون جمعه كرابيس، ثوب غليظ من القطن.

وذراع الكرباس = ذراع العامة وقدره أربعة وعشرون أصبعة مضمومة سوى الابهام، وكل أصبع ست شعيرات = ٤٦,٢ س م. معجم لغة الفقهاء: (ص٣٧٩).

باب اختلاف البائع والمشتري

محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله: في رجل اشترى عبدين فيقبضهما ولا ينقد الثمن فيموت أحدهما، ثم يختلفان في الثمن، فقال البائع: بعتكهما بألفي درهم، وقال المشتري: ما اشتريتهما إلا بألف درهم.

فلكل واحد من أصحابنا رحمهم الله قول في هذه المسألة، فنذكر قول كل واحد على حدة؛ ليكون أسرع إلى الفهم:

فعند أبي حنيفة: القول قول المشتري مع يمينه إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا.

واختلف المشايخ في هذا الاستثناء:

قال بعضهم: هذا استثناء منقطع معناه فإذا رضي البائع أن يأخذ الحي بطريق الصلح، ولا يخاصم المشتري في شيء من ثمن الهالك، يريد به أن لا يخاصمه في زيادة يدعيها بل يأخذ بقدر ما أقر به المشتري ويترك الخصومة في الزيادة: فهو جائز؛ لأنه لا تبقى المنازعة بعد الصلح فيسقط اليمين عنه.

وقال بعضهم: هذا استثناء متصل، ومعناه: أن القول قول المشتري مع يمينه ولا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الحي بعد التحالف ولا يخاصم المشتري في شيء من ثمن: فحينئذٍ يتحالفان؛ لأن امتناع التحالف كان لحق البائع، فإن بعد التحالف لا يعود رأس ماله إليه بعينه، فإذا رضي بالضرر فيجعل كأن المبيع كله هو الحي، والهالك

يجعل بمنزلة فوت وصف المبيع: فيتحالفان، فيبدأ بيمين المشتري؛ لأنه أشد إنكارًا بالله ما اشتريتهما بألفي درهم، فإن نكل: لزمه ألفان.

وإن حلف يحلف البائع بعدد ذلك بالله ما بعتهما بألف درهم:

فإن نكل فله الألف لا غير.

وإن حلف أخذ الحي ولا خصومة له مع المشتري في ثمن الهالك؛ لأنه رضي أن يأخذ الحي بعد التحالف ولا يأخذ من ثمن الملك شيئًا.

وإنما ذكر في التحالف العبدين مع أن حكم التحالف وهو الفسخ يرد على الحي لا غير نظرًا لهما، إما لأن قيمة القائم وحصته من الثمن يعرف بطريق الحزر والظن؛ لا بطريق الإحاطة واليقين، فلو حلف على القائم وحده بحصته من الثمن ربما يحلف كاذبًا فيكون ضررًا، أو لأنه يحلف كل واحد على القائم وجه بتأويل فلا يحصل المقصود، هذا إذا رضي البائع أن يأخذ الحي بعد التحالف ولا يخاصم المشتري في ثمن الهالك.

فإن قال: لا أترك الخصومة في حصة الهالك: فلا يتحالفان عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا يمكن أن يجعل كأن المبيع كله هو الحي بل يكون المبيع كلاهما وهلاك أحدهما كهلاكهما في المنع من التحالف عنده رحمه الله؛ لأن التحالف بعد قبض المبيع يثبت مخالفًا لقياس؛ لأن البائع إن كان يدعي على المشتري زيادة الثمن، والمشتري لا يدعي على البائع شيئًا لكن عرفناه بالنص، والنص ورد حال قيام السلعة؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان في البيع والسلعة قائمة تحالفا وترادا»[1].

والسلعة: اسم لجميع أجزاء المبيع وجميعها ليس بقائم فبقي الحكم بعدهلاك المبيع، أو بعدهلاك بعض المبيع، وهو امتناع التحالف على أصل القياس، ولأنه لو

---

(١) أخرجه أبو داود برقم: (٣٥١١)، وابن ماجه برقم: (٢١٨٦).

جرى التحالف بعدهـلاك بعض المبيع يعود إلى البائع بالفسخ بعض غير رأس ماله فيؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع قبل تمامه معنى لاختلافهما في الثمن وأنه لا يجوز، وإذا سقط التحالف، كان القول قول المشتري مع يمينه؛ لما مر فيحلف بالله ما اشتريتهما بألفي درهم، فإن نكل: لزمه ألفان، وإن حلف: لزمه ألف لا غير، وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله.

فأما عند أبي يوسف رحمه الله: يتحالفان على القائم يعني حكم التحالف وهو الفسخ يظهر في القائم لكن ذكر التحالف في العبدين لما مر؛ لأن المانع من التحالف الهلاك فيمتنع في الهالك، فيحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بألفي درهم، فإن نكل: لزمه ألفان، وإن حلف، يحلف البائع بالله ما بعتهما بألف درهم، فإن نكل: فله ألف درهم لا غير، وإن حلف: يأخذ الحي، ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن، ويكون القول قوله مع اليمين، فيحلف بالله ما عليك من حصة الهالك إلا خمسمائة كما يقول، أو يحلف بالله ما عليك من حصة الهالك ألف كما يقول البائع،هـكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

وأشار أستاذنا حسام الدين رحمه الله: أن المشتري لا يحلف ثانيًا؛ لأنه قد حلف أنه ما اشتراهما بألفين، فلا يحلف ثانيًا، فيلزمه حصة الهالك خمسمائة، وهذا إذا تصادقا أن قيمتهما كانا سواء وقت القبض، فإن اختلفا، فقال المشتري: كانت قيمة القائم ألفًا وقيمة الهالك خمسمائة، وقال البائع على عكس هذا، فإن كانت قيمة القائم في الحال موافقة لقول أحدهما: كان القول قوله؛ لأن الحال يدل على ما قبله.

وإن لم يكن: فالقول قول البائع؛ لأن الثمن الذي أقر به المشتري كله كان واجبًا على المشتري بتصادقهما، ثم المشتري بدعواه أن قيمة الهالك أقل يدعي سقوط ما وجب عليه، والبائع ينكر: فيكون القول قول البائع.

فإن أقاما البينة، فالبينة بينة البائع أيضًا؛ لأن في البينة يعتبر الظاهر؛ لأن الشاهد يقف على الظاهر والبائع مدعي في الظاهر؛ لأنه يدعي زيادة القيمة في الهالك وفي اليمين تعتبر الحقيقة؛ لأن من عليه الثمن يقدر أن يعرف الحقيقة، والبائعهـو المنكر حقيقة؛ لأنه ينكر سقوط بعض الثمن الذي كان واجبًا على المشتري.

وأصل هذه المسألة: ما ذكرنا في كتاب البيوع في رجل اشترى عبدين بألف وقبضهما، ورد أحدهما بعيب، ثم هلك الآخر في يده، ثم اختلفا في الثمن، يريد به: إذا لم ينقد الثمن سقط عن المشتري حصة المردود، ولزمه حصة الهالك فيقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما يوم القبض فيسقط حصة المردود، ويلزمه حصة الهالك.

فإن اختلفا في قيمتهما يوم القبض فالمشتري يدعي أن قيمة الهالك كانت أقل وقيمة المردود أكثر، والبائع يقول على عكس هذا: فالقول قول البائع، والبينة بينته أيضًا؛ لما قلنا كذا هنا.

وأما عند محمد رحمه الله: يتحالفان على القائم، وعلى حصة الهالك؛ لأن عنده هلاك السلعة لا يمنع التحالف.

وتفسير التحالف ما مر.

وإذا حلفا فسخ القاضي البيع على القائم وعلى قيمة الـهالك، فيرد المشتري القائم وقيمة الهالك، وإذا اختلفا في قيمته فالقول قول المشتري؛ لأنه أنكر القبض فيما سوى ما أقر به.

رجل اشترى جارية فتقابضا، ثم تقايلا، واختلفا في الثمن، فقال المشتري: كان الثمن ألفًا، فعليك أن ترد ألف درهم، وقال البائع: كـان الثمن خمسمائة، فعلي رد الخمسمائة: فإنهما يتحالفان؛ لأن الإقالة بمنزلة بيع جديد في حق الشرع، وقطع

المنازعة حق الشرع، ولأن التحالف قبل القبض في البيع موافق للقياس؛ لأن كل واحد مدعي ومنكر، فالبائع يدعي زيادة الثمن على المشتري، والمشتري منكر، والمشتري يدعي على البائع وجوب تسليم المبيع بالثمن الذي يدعي، والبائع ينكر، فتعدى الحكم إلى الفسخ؛ لأن موضوع المسألة فيما إذا لم يسلم المشتري الجارية إلى البائع بحكم الإقالة والمشتري يدعي على البائع زيادة الثمن، والبائع ينكر والبائع يدعي على المشتري وجوب تسليم الجارية بالثمن الذي أقر به البائع والمشتري ينكر: فيتحالفان، فأيهما نكل: لزمه دعوى صاحبه.

وإذا حلفا: تفسخ الإقالة، وعاد البيع السابق، فلا يجب على واحد أن يرد على صاحبه شيئًا.

وإن اختلفا بعد قبض البائع الجارية بحكم الإقالة: فلا يتحالفان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ويكون القول قول البائع مع يمينه؛ لأنه ينكر زيادة ثمن يدعيه المشتري.

ولا يحلف المشتري؛ لأن البائع لا يدعي عليه شيئًا.

وعند محمد رحمه الله: ينبغي أن يتحالفا على قياس البيع إذا اختلفا بعد القبض؛ لأن كل واحد يدعي على صاحبه عقدًا آخر بثمن آخر وأنكر صاحبه.

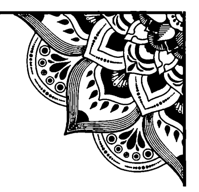
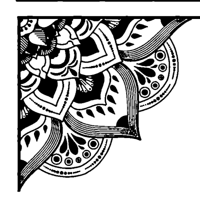
ولو مات أحد المتبايعين قبل القبض، ثم اختلف وارث الميت مع الحي في الثمن: يتحالفان.

بالقياس على حال حياتهما قبل القبض، وكذلك في الإجارة إذا اختلفا في الأجرة قبل القبض يتحالفان بالقياس على البيع قبل القبض.

ولو تقايلا عقد السلم، ثم اختلفا في رأس المال: لا يتحالفان ويكون القول قول

المسلم إليه مع يمينه؛ لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ؛ لأن المسلم فيه دين والدين متى سقط مطلقًا لا يحتمل العود؛ ألا ترى أن رأس المال لو كان عرضًا ووجد المسلم فيه عينًا ورد السلم، ثم هلك العرض قبل التسليم إلى رب السلم لا يرتفع الفسخ، ولا يعود السلم، وفي البيع يرتفع الفسخ ويعود البيع، والله أعلم.



باب الخيار

رجل اشترى شيئًا لم يره فقبل الرؤية لو فسخه: يصح فسخه، ولو رضي به: لم يعتبر رضاه حتى لو رآه فلم يرضه له أن يرده؛ لأن الرضا إنما يتم بعد العلم بأوصافه، وذلك بالرؤية فقبله لم يتم الرضا؛ لكن صح فسخه؛ لأن العقد لم يتم لخلل في الرضا فلم يكن لازمًا، فيكون الفسخ امتناعًا من وجه فيصح.

ولو وكل وكيلًا بقبضه فقبضه الوكيل وهو ينظر إليه ـ يريد به نظر الوكيل وقت القبض ـ: بطل خيار رؤية الموكل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يبطل؛ لأنه وكيل بالقبض لا بإبطال الخيار؛ ولهذا لو كان رسولًا في القبض بأن قال: إن فلان يقول: سلم إلي ما اشتريته منك فقبضه الرسول وهو ينظر إليه: لا يبطل خيار المرسل.

وأجمعوا أن الوكيل بالقبض إذا قبضه مستورًا، ثم رآه: لا يبطل خيار الموكل؛ لأبي حنيفة رحمه الله: أنه وكيل بالقبض المطلق والقبض المطلق يتناول الكامل والناقص وتمام القبض بإبطال خيار الرؤية؛ لأن خيار الرؤية يمنع تمام القبض؛ ألا ترى أن المشتري لا يملك التفريق بعد القبض قبل سقوط الخيار كأنه غير مقبوض، فإذًا إبطال خيار الرؤية من تمام القبض، وأنه يملك القبض التام فيملك إبطال الخيار بالنظر عند القبض إتمامًا للقبض.

أما إذا قبضه مستورًا فقد اختار القبض الناقص، وأنه يملكه أيضًا، فلو بطل الخيار بعد ذلك بالرؤية يكون إبطالًا للخيار مقصودًا لا تبعًا لإتمام القبض، وأنه لم يفوض إليه ذلك.

ولو علم هذا الوكيل بعيب به فقبضه وهو يعلم بالعيب، أو رضي بالعيب، أو خيار الشرط للمشتري، فأسقط الوكيل خياره: لم يصح شيء من ذلك؛ لأنه ليس بوكيل بإبطال خيار الشرط أو خيار العيب، وخيار العيب لا يمنع تمام القبض حتى يكون إبطال الخيار مقتضى تتميم القبض، وخيار الشرط وإن كان يمنع تمام القبض إلا أنه لا يبطل مقتضى القبض؛ ألا ترى أن المشتري لو قبض بنفسه لا يبطل خياره؛ وهذا لأنه مشروع للاختيار والقبض وسيلة إلى الاختيار فلم يصح دلالة الرضا ببطلان الخيار [فلو](١) أبطله يبطله قصدًا وإن لم يفوض إليه ذلك.

وبخلاف الرسول؛ لأنه ينقل كلام المرسل، فيكون القابض هو المرسل بيده، فيكون إلى المرسل إتمامه، أما الوكيل مالك القبض فيكون له إتمامه.

رجل اشترى عدل زطي لم يره، أو كان له خيار الشرط فباع ثوبًا منها، أو وهبه وسلمه: لم يرد الباقي بخيار الرؤية، أو بخيار الشرط؛ لأن خيار الرؤية، وخيار الشرط يمنعان تمام الصفقة، فيمنعان التفريق.

ولو وجد بالباقي عيبًا: له أن يرد؛ لأن خيار العيب لا يمنع تمام القبض؛ لأن البيع وقع على السليم، والظاهر هو السلامة فتم الرضا، والتفريق بعد تمام القبض يجوز.

الأعمى إذا اشترى شيئًا لم يره: فله خيار الرؤية.

وإنما تبطل خياره فيما يشتم بالشم، وفيما يذاق بالذوق، وفيما يجس بالجس؛ لأن طريق علمه بالمعقود عليه هذا، فإذا فعل ذلك، وقال: رضيت بطل خياره ولو وجد ذلك منه قبل الشراء: فلا خيار له.

وفي العقار يوكل بصيرًا بقبضه، فإذا قبضه وهو ينظر إليه: بطل خياره عند أبي

(١) في النسخة (ب) ولو.

حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يوقف في مكان لو كان بصيرًا لرآه فيذكر له صفة العقار، فإذا قال: رضيت: بطل خياره.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه اعتبر هـذا الطريق أيضًا في غير العقار ولم يعتبر الشم والذوق والجس.

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله اعتبرا ذلك في غير العقار، كما مر.

رجل اشترى دارًا وشرط الخيار لغيره: جاز عندنا، وثبت الخيار للمشتري أيضًا.

وقال زفر رحمه الله: لا يجوز البيع بهذا الشرط قياسًا؛ لأن شرط الخيار من حكم العقد فلا يجوز إثباته لغير العاقد.

ولنا: أنه يصير مثبتًا الخيار لنفسه أولًا مقتضى شرط الخيار لغيره ويصير غيره نائبًا عنه في الفسخ والإجارة.

وإذا ثبت الخيار لهما فأيهما أجاز أو نقض: صح، وإن أجاز أحدهما ونقض الآخر: فالسابق أولى.

وإن وجدا معًا ذكر في البيوع: أن تصرف الموكل أولى نقضًا كان أو إجازة، قالوا: وهذا قول محمد رحمه الله.

وذكر في المأذون: أن النقض أولى سواء كان من الوكيل أو من الموكل، قالوا: وهذا قول أبي يوسف رحمه الله، وهذا بناء على أن محمدًا رحمه الله يقدم تصرف الموكل؛ لأنه يتصرف بولاية الملك بطريق الأصالة والوكيل بطريق النيابة والأصل فوق الثابت.

وأبو يوسف رحمه الله سوى بينهما؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكل كأنه هو فاستويا فبعد ذلك بترجح أحدهما بقوة التصرف والنقض أقوى من الإجازة؛ لأن النقض يرفع

الإجازة، أما الإجازة لا ترفع النقض، فكان النقض أولى.

نظيره إذا وكل رجلًا ببيع عبده فباعا معًا كل واحد من رجل آخر، فعند محمد رحمه الله: بيع الموكل أولى.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يكون العبد بين المشتريين نصفين.

وكذلك الوكيل بالسلم أو شراء عبد بغير عينه إذا أسلم أو اشترى عبدًا ولم تحضره النية أصلًا لا لنفسه ولا للموكل:

فعند محمد رحمه الله: يقع له.

وعند أبي يوسف: إن نفذ من مال الموكل يقع للموكل، وإن نفذ من مال نفسه يقع له.

ولو باع عبدًا وشرط الخيار للبائع أو للمشتري ثلاثة أيامٍ فنقض من له الخيار البيع بغير محضر صاحبه ـ يعني بغير علم صاحبه ـ: **لم يصح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله**؛ لأنه لو صح النقض بغير علم صاحبه والخيار للبائع ربما يتصرف المشتري في المبيع بعد القبض على ظن أن البائع لم يقبض فيكون متصرفًا في مال الغير فيصير ضامنًا فيتضرر.

فإن كان غائبًا فبلغه النقض الآن انتقض.

وقال أبو يوسف رحمه الله: صح النقض بغير علم صاحبه؛ لأن صاحبه رضي بنقضه مطلقًا حيث أثبت الخيار له مطلقًا والإجازة صحيحة بغير علم صاحبه بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنه لا ضرر فيه لأحد.

ولو كان الخيار للمشتري فمات العبد في يد المشتري في الثلاث، أو أجاز، أو لم يقلِ شيئًا حتى مضت الثلاث: تم البيع ولزمه الثمن.

ولو كان الخيار للبائع فإن أجاز أو مضت المدة، ولم يقل شيئًا: لزم المشتري الثمن، وإن مات العبد في الثلث في يد المشتري: لزم المشتري القيمة؛ لأنه مقبوض بحكم البيع الصحيح وقد تعذر إيجاب الثمن؛ لأن العبد لم يدخل في ملك المشتري فتجب القيمة كالمقبوض على سوم الشراء.

ولو شرطا الخيار أربعة أيام: فسد العقد عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله؛ لأن القياس أنه يفسد أيضًا إذا كان شرط الخيار ثلاثة أيامٍ؛ لأن النبي عليه السلام «نهى عن بيعٍ وشرطٍ»[1] ـ والله أعلم ـ يعني عن بيع فيه شرط؛ لكن تركنا القياس في ثلاثة أيامٍ؛ لحديث حبان بن منقذ رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له: «إذا بايعت فقل: لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيامٍ»[2].

ولأن الحاجة إلى التأمل ليعلم أنه رابح أم خاسر تندفع بثلاثة أيامٍ فبقي ما ورائه على أصل القياس.

فإن أسقطا خيار اليوم الرابع قبل مضي الثلاث في المجلس أو بعد المجلس: انقلب جائزًا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال زفر رحمه الله: لا ينقلب جائزًا.

لأبي حنيفة رحمه الله: أن المفسد ينشأ عن شرط اليوم الرابع؛ لأن شرط الخيار إلى الثلاث جائز فإذا أسقطا ذلك فقد ارتفع المفسد قبل تقرر حكمه فصار كأن لم يكن.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز شرط الخيار وإن طالت المدة؛ لأن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما باع بشرط الخيار شهرًا.

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط برقم: (٤٣٦١) نصب الراية: (٤/ ١٧).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك برقم: (٢٢٠١)، والدارقطني في سننه برقم: (٣٠٠٨).



وخيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملك المشتري عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله: لا يمنع.

وينبني على هذا الأصل مسائل:

منها:أن المشتري إذا كانت امرأته لم يفسد النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله قبل مضي مدة الخيار، وعندهما رحمهما الله: يفسد النكاح، والخيار على حاله بِالْإِجْمَاعِ.

وإن وطئها المشتري في مدة الخيار وهي بكر أو ثيب وقد نقصها الوطء: بطل خياره بِالْإِجْمَاعِ؛ لأن تعييب المشتري المشتراة يبطل خياره؛ لأنه عجز عن ردها كما قبض.

وإن كانت ثيبًا ولم ينقصها الوطء: فعند أبي حنيفة رحمه الله: لم يبطل خياره؛ لأنه وطئها بملك النكاح؛ لأن النكاح عنده باقي، وعندهما: يبطل خياره؛ لأنه وطئها بملك اليمين؛ لأن النكاح ليس بباقي فإقدامه على الوطء يكون إسقاطًا للخيار.

ومنها: أن المشتراة إذا كانت ذات رحم محرم من المشتري: لم تعتق عند أبي حنيفة رحمه الله قبل مضي مدة الخيار، وعندهما رحمهما الله: تعتق.

ولو كانت أمة وكان للمشتري منها ولد بنكاح صارت أم ولد له عندهما رحمهما الله، وعنده رحمه الله: لا تصير أم ولد له.

ومنها: إذا كانت أمة حاضت حيضة أو بعض الحيضة في مدة الخيار، ثم مضت المدة لا تحتسب تلك الحيضة من الاستبراء عنده رحمه الله.

وعندهما رحمهما الله: تحتسب.

وإذا فسخ المشتري البيع وعادت إلى البائع: لا يجب عليه الاستبراء عنده رحمه الله بكل حال.

وعندهما: إن كان الفسخ قبل القبض فكذلك، وإن كان بعد القبض: يجب الاستبراء على البائع.

ومنها: أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع، ثم أودعها عند البائع: لم يصح الإيداع عنده رحمه الله حتى لو هلك في يد البائع: انتقض البيع، وهلك من مال البائع وارتفع القبض.

وعندهما رحمهما الله: صح الإيداع، وهلك من مال المشتري، وبطل خياره.

ومنها: العبد المأذون إذا اشترى شيئًا بشرط الخيار ثلاثة أيامٍ، ثم إن البائع أبرأه عن الثمن في مدة الخيار: صح الإبراء بالاتفاق وبطل خياره عندهما رحمهما الله؛ لأن عندهما لما دخل المبيع في ملكه كان الفسخ تميلكه من البائع بغير بدل وأنه اصطناع بالمعروف والعبد لا يملك ذلك

وعند أبي حنيفة رحمه الله: بقي خياره؛ لأن العبد لم يملكه فيكون الفسخ امتناعًا من التملك والعبد يملك ذلك لنفسه؛ كما إذا وهب له هبة فلم يقبل.

رجل باع عبدين وشرط الخيار لنفسه في أحدهما: فهذا على أربعة أوج، في ثلاثة أوجه: لم يصح بيع أحدها إذا لم يبين ثمن كل واحد منهما ولم يعين الذي فيه الخيار، أو بين ثمن كل واحد منهما، ولم يعين الذي فيه الخيار، أو عين الذي فيه الخيار، ولم يبين ثمن كل واحد منهما؛ لأن الذي فيه الخيار لم يكن داخلًا تحت حكم البيع؛ لأن خيار البائع يمنع زواله عن ملك البائع فكان الداخل تحت حكم البيع الذي لا خيار فيه، فإذا لم يعين الذي فيه الخيار كان المبيع مجهولًا.

وإذا عين الذي فيه الخيار، ولم يبين ثمن كل واحد منهما: كان ثمنه مجهولًا.

وإذا عين الذي فيه الخيار، ولم يبين ثمن كل واحد منهما، كان ثمنه مجهولًا،

وجهالة المبيع أو الثمن تمنع صحة البيع.

وفي الوجه الرابع صح البيع وهو ما إذا بين ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار؛ لأن المبيع معلوم وثمنه معلوم فلم تبق الجهالة إلا أنه تعلق صحة البيع في الذي لا خيار فيه بشرط قبول البيع في الآخر، وأنه شرط صحيح؛ لأن الذي فيه الخيار داخل تحت البيع في حق الانعقاد، وإن لم يدخل في الحكم، وصار كما لو جمع بين مدبر وقن وباعهما بألف درهم: نفذ البيع في القن بحصته من الثمن، فإن تعلق صحة البيع فيه بشرط قبول البيع في المدبر؛ لأن المدبر داخل تحت البيع في حق الانعقاد فكان قبوله شرطًا صحيحًا، كذا هنا.

رجل اشترى عبدًا وأحدهما بالخيار ثلاثة أيامٍ، فجاء عيد الفطر في مدة الخيار: فصدقة الفطر على من يصير الملك له، فإن مضى العقد كان على المشتري، وإن فسخ كان على البائع.

وقال زفر: على من يكون الملك له يوم الفطر.

ولنا: أن بالفسخ يتبين أن الملك للبائع؛ لأن الفسخ رفع الحكم من الأصل فكان صدقة الفطر عليه، وإذا مضى البيع تبين أن الملك للمشتري من وقت البيع فكان صدقة الفطر عليه.

رجل اشترى أحدهـذين الثوبين يعين أيهما شاء بعشرة دراهم، وهو بالخيار ثلاثة أيامٍ: جاز استحسانًا، وكذلك في الثلاثة.

فأما الأربعة لا يجوز، والقياس أن لا يجوز في الثوبين أيضًا؛ لأن المبيع مجهول لكن استحسنا في الثوبين وفي الثلاثة؛ لحاجة الناس؛ لأن الإنسان يشتري لعياله وأولاده ثوبًا ولا يمكنه أن يحضرهم إلى السوق فيحتاج إلى ذلك حتى يختار أهله ما هو أرفق بهم والحاجة تندفع بالثلاث؛ لأن الثوب دائر بين الجيد والوسط والرديء وهذه جهالة لا

تفضي إلى المنازعة؛ لأن من له خيار التعيين متعين وهو المشتري.

وفي الأربعة انعدمت الحاجة، فبقي على أصل القياس.

وذكر في الكتاب خيار الشرط مع خيار التعيين وأنه وقع اتفاقًا؛ لأن هذا البيع يجوز بدون خيار الشرط؛ لكن لو ذكر فيه خيار الشرط كان له أن يردهما.

فلو لم يذكر فيه خيار الشرط له أن يرد أحدهما بخيار التعيين وليس له أن يردهما.

ولو مات يورث خيار التعيين ولا يورث خيار الشرط.

وإذا لم يكن فيه خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بثلاثة أيامٍ فما دونها وبالزيادة لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله: يجوز بما شاء العاقدان.

رجل اشترى دارًا على أنه بالخيار ثلاثة أيامٍ، فبيعت دار بجنبها في الثلاث، فطلب المشتري الشفعة: بطل خياره؛ لأن طلب الشفعة دليل استدامة الملك.

رجلان اشتريا دارًا على أنهما بالخيار ثلاثة أيامٍ، فرضي أحدهما: لم يبق للآخر حق الفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن البيع انبرم في نصيب الذي أجاز فلو صح فسخ الآخر في نصيبه يعود إلى البائع مشتركًا بعد أن خرج عن ملكه جملة والشركة عيب فيكون ضررًا للبائع.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: صح فسخ الآخر في نصيبه؛ لأن البائع رضي بهذا الضرر لما سلطهما على الفسخ، وعلى هذا الخلاف لو كان لهما خيار العيب أو خيار الرؤية.

ولو اشترى عبدًا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيامٍ فلا بيع بينهما: جاز استحسانًا عندنا.

خلافًا لزفر رحمه الله قياسًا.

ولنا: أن البائع ربما يخاف عن مماطلة المشتري، أو عن إفلاسه، فيجوزهـذا الشرط لحاجته كشرط الخيار ثلاثة أيامٍ.

وإن قال: إلى أربعة أيام: فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

أما عند أبي حنيفة رحمه الله اعتبارًا بشرط الخيار أربعة أيام عنده رحمه الله.

وأما أبو يوسف رحمه الله: فرق بينهـذه المسألة وبين شرط الخيار أربعة أيام فإنه اتبع السنة فيهما ففي شرط الخيار أربعة أيام وردت السنة فإنه روي أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما باع بشرط الخيار شهرًا.

وفي هذه المسألة ورد عنه: أنه باع بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيامٍ فلا بيع بينهما ولم يرد فيه أربعة أيام.

وقال محمد رحمه الله: يجوز أربعة أيام، أو أكثر، كما هو أصله في شرط الخيار أربعة أيام.

فإن نقد الثمن قبل مضي الثلاث: جاز عندهما أيضًا رحمهما الله؛ لأنهما أعرضا عن المفسد قبل تقرر حكمه على ما مر.

ولو اشترى دارًا ورأى خارجها: يبطل خيار الرؤية؛ لأن رؤية البعض تكفي لبطلان خيار الرؤية كما لو رأى بعض داخل الدارهـذا في عرفهم؛ لأن ظاهر الدار لا يخالف الباطن فرؤية الظاهر لا تبطل الخيار.

ولو اشترى ثيابًا ورأى موضع الطي منها: يبطل خيار الرؤية.

وكذا إذا رأى وجه الجارية أو مقدم الحمار ومؤخره بطل الخيار، والله تعالى أعلم بالصواب.





باب المرابحة والتولية

المرابحة: بيع ما اشتره بمثل ما اشتراه وزيادة ربح.

والتولية: بيع ما اشتره بمثل ما اشتراه.

والمساومة: بيعه مطلقًا بأيِّ ثمن شاء وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في هذا الباب.

قال: رجل اشترى ثوبًا بعشرة فباعه بخمسة عشر وتقابضا، ثم اشتراه من المشتري بعشرة، ثم أراد أن يبيعه مرابحة: يبيعه مرابحة على خمسة، ويطرح من الثمن كل ربح قبل ذلك؛ لأن ربح خمسة كان بعرض البطلان بأن يرد المشتري عليه الثوب بعيب ويسترد منه خمسة عشر، فإذا اشتراه منه بعشرة فقد تأكد ذلك الربح، وللتأكيد شبهة بالإيجاب، فصار كأنه اشترى ثوبًا وخمسة دراهم بعشرة، فالخمسة بالخمسة بقي الثوب له بخمسة من حيث الشبهة فيبيعه مرابحة على ثمن خمسة؛ لكن لا يقول: اشتريته بخمسة؛ لأنه يكون كاذبًا؛ لكن يقول: قام علي الخمسة والآن أبيعه بربح كذا.

ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين، ثم اشتراه بعشرة: لا يبيعه مرابحة؛ بل يبيعه مساومة؛ لأنه لو حط الربح كله عن الثمن الثاني لا يبقى من الثمن الأول شيء، وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لما مر أن الشبهة فيه ملحقة بالحقيقة؛ ألا ترى أنه لو اشتراه بثمن مؤجل لا يبيعه مرابحة على ذلك الثمن حالًا؛ لأنه يزاد في الثمن لمكان الأجل فكان بعض الثمن بمقابلة الأجل من حيث الشبهة.

وكذلك إذا كان له على آخر عشرة دراهم فصالحه على ثوب: لم يبعه مرابحة على عشر دراهم؛ لأن الصلح لا يخلوا عن حط بعض الثمن الحق غالبًا.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يبيعه مرابحةً على الثمن [الأخير][(1)]؛ لما مر في المسألتين الْأُولَيَيْن؛ لأن هذا شراء جديد فيبنى عليه المرابحة كما إذا باعه المشتري الثاني من غيره، ثم إن المشتري الأول اشتراه من ذلك الرجل يبيعه مرابحة على الثمن الأخير كذا هنا.

عبد مأذون وعليه دين يحيط برقبته أو لا يحيط برقبته اشترى عبدًا بعشرة دراهم، ثم باعه من مولاه بخمسة عشر: جاز البيع؛ لأن المولى بهذا الشراء يستفيد ملك اليد فكان مفيدًا.

فإن أراد المولى أن يبيعه مرابحة يبيعه مرابحة على عشرة؛ لأن شراء العبد بعشرة بمنزلة شراء المولى من وجه وبيع العبد من مولاه بخمسة عشر عدم من وجه؛ لأنه يصير كأن المولىهو الذي اشتراه بعشرة، ثم باعه من نفسه خمسة عشر فيكون باطلًا من وجه فلم تخرج الخمسة عن ملكه من وجه فكانت العبرة للثمن الأول فيبيعه مرابحة على الثمن الأول وذلك عشرة.

وكذلك لو اشترى المولى العبد بعشرة، ثم باعه من عبده المأذون بخمسة عشر، ثم أراد العبد أن يبيعه مرابحة: يبيعه مرابحة على عشرة؛ لأن بيع المولى من عبده بخمسة عشرة لما جعل عدمًا من وجه بقيت العبرة للثمن الأول وكان العبد نائبًا عن المولى في بيع المرابحة فيبيعه مرابحة على الثمن الذي اشتراه المولى.

المضارب إذا اشترى بمال المضاربة ثوبًا بعشرة، ثم باعه من رب المال بخمسة عشر جاز عندنا؛ خلافًا لزفر رحمه الله.

---

(١) في النسخة (ب) الأول.

ثم لو أراد رب المال أن يبيعه مرابحة يبيعه مرابحة على اثنى عشر ونصف؛ لأن نصف الربح وذلك درهمان ونصف سلم لرب المال فيحط عن الثمن؛ لأنه لم يخرج عن ملكه بقي اثنى عشر ونصف عشرة من ذلك دفعه المضارب إلى بائعه كأن رب المال دفعه بنفسه والدرهمان والنصف الذي هو نصيب المضارب يعطي رب المال من مال نفسه فقام الثوب على رب المال باثني عشر ونصف فيبيعه مرابحة على ذلك.

رجل اشترى جارية بألف فأعورت في يده: جاز له أن يبيعها مرابحة على ألف من غير أن يبين أنه اشتراها سليمة بهذا الثمن؛ لأنه فات شيء لا يقابله شيء من الثمن بآفة سماوية، فلم يصر حابسًا جزءً من المبيع ولا بد له، بخلاف ما إذا فقأ المشتري عينها، أو فقأ أجنبي آخر وأخذ المشتري أرشها حيث لا يبيعها مرابحة من غير بيان؛ لأنه حبس جزءً فصار مقصودًا أو حبس بدله فلا يجوز له أن يبيع الباقي مرابحة على ذلك الثمن فكذلك إذا اشترى ثوبًا بعشرة فأصابه قرض فأر أو حرق نار لم يلزمه البيان.

ولو تكسر بنشره وطيه وانتقص: لزمه البيان.

ولو اشترى جارية بكرًا فإن زال بكارتها بالوطء، ثم باعها مرابحة: لا يجوز من غير بيان، لأنه حبس جزء بمقابلة الثمن.

ولو كانت ثيبًا لم ينقصها الوطء: لم يلزمه البيان.

ولو اشترى جارية بألف نسيئة، ثم باعها بربح مائة حالة، ثم علم المشتري: له أن يردها إن شاء؛ لأنه يزداد في الثمن لمكان الأجل، فإذا باعها مرابحة حالة بذلك فقد منع بعض ما يقابله الثمن من حيث الشبهة فظهرت الخيانة.

ولو استهلكها المشتري، ثم علم بخيانة البائع: لا يسترد بعض الثمن؛ لأن الممنوع هو الأجل، والأجل لا يقابله شيء من الثمن في الحقيقة لكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار

شبهة الخيانة كان له أن يردها إن كانت قائمة، أما إن سقط شيء من الثمن بمقابلة منع الأجل فلا.

وكذلك التولية بأن اشترى ثوبًا بعشرة نسيئة، ثم باعه من آخر بمثل الثمن الذي اشتراه حالة، ولم يبين، ثم علم المشتري أن بائعه قد اشتراه نسيئة: له أن يرد، ولو استهلكه المشتري، ثم علم: لا يسترد شيئًا من الثمن؛ لما قلنا.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يرد قيمة الثوب ويسترد الثمن.

وحكي عن الفقيه أبو جعفر رحمه الله: أنه كان يفتي أن يقوَّم المبيع بثمنٍ حال وبثمنٍ مؤجلٍ فيرجع المشتري بفضل ما بينهما من الثمن (١).

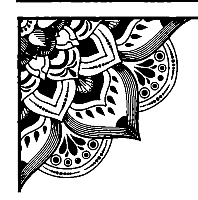
رجل قال لآخر: بعتك هذا الثوب بما قام عليَّ، ولم يعلم المشتري بكم قام عليه: فالبيع فاسد؛ لأن الثمن مجهول.

فإن أعلمه في المجلس: فإن شاء المشتري أخذه، وإن شاء تركه؛ لأنه جعل بمنزلة ابتداء البيع بعد الإعلام على ما مر، والله تعالى أعلم بالصواب.



---

(١) تبيين الحقائق: (٤/ ٧٩).

باب العيوب

رجل اشترى جارية فوجدها لا تحيض: فهو عيب وذلك بأن تبلغ أقصى مدة بلوغ النساء وذلك سبع عشرة سنة في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يحيض؛ لأن ذلك دلالة داء في باطنها وتصفر وجهها.

وكذلك الاستحاضة فيها عيب؛ لأن درور الدم على الولاء يفضي إلى الفناء، وإنما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة؛ لأنه لا يقف على ذلك غيرها، فإن قالت: لا أرى الحيض في وقته، يحلف المولى مع ذلك بالله لقد سلمتها بحكم البيع وما بها هذا العيب.

هذا إذا كان بعد القبض، فإن كان قبل القبض يحلفه بالله ما بها هذا العيب الذي يدعيه المشتري في الحال، وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في مسألة البكارة إذا اشترى جارية على أنها بكر، فقال المشتري: ليست ببكر، وقال البائع: هي بكر في الحال، فالقاضي يريها النساء، فإن قلن: هي بكر: لزم المشتري من غير يمين البائع؛ لأن شهادتهم تأيدت بمؤيد وهو أن الأصل هو البكارة.

وإن قلن: ثيب: لم يثبت حق الفسخ للمشتري؛ لأن شهادتهن ضعيفة وحق الفسخ حق قوي لكن شهادتهم تثبت للمشتري حق الخصومة في توجيه اليمين على البائع يحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر إن كان بعد القبض، وإن كان قبل القبض يحلف بالله إنها بكر كما يقول.

وروي عن محمد رحمه الله: أنها ترد على البائع بشهادتهن من غير يمين البائع فهنا كذلك.

والزنا عيب في الجارية؛ لأنه تَفْسُد الفراش.

وليس بعيب في العبد؛ لأنه لا يفسد به الفراش إلا إذا اعتاد ذلك.

والبخر عيب في الجارية؛ لأنه يخل بالاستمتاع وليس بعيب في العبد.

والكفر عيب؛ لأن المسلم ينفر طبعه عن صحبته.

ولو اشترى عبدًا على أنه كافر فوجده مسلمًا: ليس له أن يرد عندنا.

خلافًا للشافعي رحمه الله[1]؛ لأنه شرط العيب فوجده سليمًا كما إذا اشتراه على أنه أعمى فوجده بصيرًا.

والجنون عيب واحد أبدًا.

ومعناه: أنه متى ثبت أنه كان جن في يد البائع في صغره، ثم جن في يد المشتري في كبره كان الثاني هو الأول، وإن تطاولت المدة حتى كان للمشتري حق الرد؛ لأن السبب واحد وهو فساد الدماغ.

والإباق والبول في الفراش عيب واحد ما دام صغيرًا حتى لو ثبت أنه كان مال أو أبق في يد البائع في صغره، ثم عاود في يد المشتري في صغره فله أن يرد.

وإن كان بال أو أبق في يد البائع في صغره، ثم عاود ذلك في يد المشتري في كبره كان الثاني غير الأول حتى لا يكون للمشتري حق الرد؛ لأن السبب قد اختلف؛ لأن

---

(١) جاء في المجموع شرح المهذب: (١٢/ ٣٣١) وإن اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد وقال المزني لا يثبت له الرد لأن المسلم أفضل من الكافر وهذا لا يصح لأن المسلم أفضل في الدين إلا أن الكافر أكثر ثمنا لأنه يرغب فيه المسلم والكافر والمسلم لا يشتريه الكافر.

البول في الصغر لضعف في المثانة، وبعد الكبر لداء فيه، والإباق حالة الصغر لجهله، وبعد الكبر لخبث طبعه.

ولو اشترى عبدًا وقبضه، ولم يسلم الثمن حتى ادعى عيبًا في العبد: لم يجبر المشتري على الثمن؛ لأن أنكر وجوب تسليم الثمن على نفسه، ولأنه لو ثبت العيب ببينته أو بنكول البائع يجب على البائع رد الثمن إلى المشتري فيبطل قضاء القاضي بوجوب أداء الثمن عليه إلى البائع، ويقال للمشتري: أقم البينة على العيب أو حلف البائع، فإن قال: لا أحلفه ولي شهود لكنهم غيب: فالقاضي يأمره بأداء الثمن إلى البائع.

وإن قال: لا أحلف البائع، فإن كان شهوده حضورًا: فالقاضي لا يجيبه إلى ذلك لكن يأمره بإقامة البينة.

وإن كان شهوده غيبًا: فالقاضي يحلف البائع بالله لقد سلمته إليه بحكم البيع وما به هذا العيب.

فإن نكل: لزمه حكم العيب.

وإن حلف: أمر المشتري بأداء الثمن ولا ضرر للمشتري في ذلك؛ لأنه لو حضر شهوده يقيم البينة على العيب ويسترد الثمن من البائع.

ولو اشترى جارية وقبضها، وأراد أن يردها بعيب، فقال: بعتكهـذه وأخرى معها، وقال المشتري: بعتنيها وحدها: فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه أنكر البيع والقبض فيما سواها.

رجل اشترى عبدًا فادعى إباقًا، فقال المشتري: بعتنيه وهو آبق، وأراد أن يحلف البائع بالله لم يأبق عندك: لم يكن له أن يحلفه حتى يثبت إباقه في يد نفسه، وهو المشتري؛ لأنه يجوز أن يكون هذا العيب زائلًا عنه في يد المشتري.



فإن أراد المشتري أن يحلف البائع بالله ما نعلم أنه آبق عندي له ذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: روايتان، وتسمى هذه يمين الخصومة.

ثم إذا حلف البائع عندهما ونكل، أو اقام المشتري بينة على أنه آبـق عند المشتري الآن توجهت يمين الرد على البائع، فيحلف بالله ليس له عليك حق الرد بالسبب الذي تدعيه.

فإن نكل: رد العبد عليه، وإن حلف: لم يثبت الإباق عند البائع، فلا يرد عليه إلا إذا أقام المشتري بينة على أن العبد كان آبق في يد البائع على ما مر.

رجل اشترى بيضًا أو جوزًا أو بطيخًا أو قثاء فكسره فوجده فاسدًا، فإن كان لا ينتفع به أصلًا، بأن كان لا يأكله الآدمي أو البهيمة: فالبيع باطل ويسترد الثمن؛ لأنه ليس بمال.

وإن كان ينتفع به في الجملة: فليس له أن يرد؛ لأن الكسر عيب حادث في يد المشتري فمنعه من الرد، ويرجع بنقصان البيع.

وإن كان بعضه فاسدًا لا ينتفع به وبعضه صالحًا:

فإن كان الفاسد قليلًا: جاز البيع في الكل استحسانًا؛ لأنه لا يخلوا عن قليل فاسد في العادة فلا يمكن الاحتراز عنه.

وإن كان كبيرًا صح البيع فيما صلح بحصته من اليمين وبطل في الفاسد عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: فسد في الكل؛ لأن الأصل عنده أن البيع متى فسد في بعض المبيع بفساد مقارن يفسد في كله.

رجل اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبًا: فإنه يأخذهما أو يردهما.

كيلا يؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع قبل التمام.

وإن وجد بالمقبوض عيبًا: اختلف المشايخ فيه، والأصح: أنه لا يرد المعيب خاصة.

ولو اشترى جارية أو دابة بعينها فوجد بها قرحًا فداواها: فهو رضا.

ولو ركب الدابة لحاجة نفسه: فهو رضا.

وإن ركبها ليردها على البائع: فليس برضًا سواء كان له من ذلك بد أو لم يكن.

وإن ركبها لسقيها فإن كان له منه بد: فهو رضا، وإن لم يكن له منه بد لصعوبتها أو لعجزه فليس برضًا.

ولو حمل عليها علفها: فليس برضًا.

ولو ركبها، فإن لم يكن له مند بد بأن كان العلف في وعاء واحد: فليس برضًا.

وإن كان العلف في وعائين فلا يحتاج إلى الركوب فلو ركب: كان رضا بالعيب.

رجل اشترى ثوبًا فقطعه ولم يخطه، ثم وجد به عيبًا: لم يرده؛ لكن يرجع بنقصان العيب، فإن قبله البائع مقطوعًا: له ذلك، ولا يرجع المشتري بنقصان العيب؛ لأن امتناع الرد كان لحق البائع لتمكن النقصان فيه، فإذا قبله كذلك لم يرجع المشتري بالنقصان عليه.

فإن خاطه المشتري ثم وجد به عيبًا: يرجع المشتري عليه بالنقصان، وليس للبائع أن يقول: أنا أقبله كذلك؛ لأن الخياطة زيادة حدثت فيه ولها قيمة؛ لأن لهذه الصنعة أجرة

تقابلها فيمتنع الرد حقًا للشرع؛ لأنه يؤدي إلى الربا، وحق الشرع لا يبطل بتراضيهما فتعين الرجوع بنقصان العيب.

فلو باعه المشتري بعدما خاطه: لم يبطل حقه في الرجوع بالنقصان، بخلاف ما إذا باعه قبل الخياطة وهو يعلم بالعيب أو لا يعلم، ثم علم حيث لا يكون له أن يرجع بالنقصان؛ لأن الأصل وهو حق الرد برضا البائع كان قائمًا قبل البيع، فإنه كان للبائع أن يقبله كذلك فصار بالبيع مبطلًا حق البائع في الأصل أو صار ممسكًا للثوب؛ لقيام المشتري مقامه فيبطل حقه في بدله وهو الرجوع بنقصان العيب، أما هنا بالخياطة امتنع الرد حقًا للشرع، فلم يبطل بالبيع حق البائع في القبول، وإنما بطل قبل بيع المشتري من غيره لحق الشرع فلم يصير المشتري الأول ممسكًا الثوب لقيام يد المشتري الثاني مقام يده، فلا يبطل حقه في الرجوع بنقصان العيب.

وصار كما لو اشترى ثوبًا وصبغه أحمر، ثم وجد به عيبًا: لم يرده ويرجع بنقصان العيب وليس للبائع أن يقبله كذلك؛ لأنه امتنع الرد حقًا للشرع لمكان الزيادة.

فلو باعه المشتري بعد الصبغ وهو يعلم بالبيع أو لا يعلم، ثم علم: لم يبطل حقه في الرجوع بالنقصان؛ لما قلنا.

ولو باعه قبل الصبغ بطل حقه في الرجوع بنقصان العيب، كذا هنا.

ولو اشترى ثوبًا فقطعه لولده الصغير قميصًا وخاطه، ثم وجد به عيبًا: لم يرجع على البائع بالنقصان؛ لأنه بالقطع للصغير صار واهبًا الثوب مسلمًا إليه، وصار الأب قابضًا عنه، وحق الرد كان ثابتًا قبل القطع فبالقطع له صار واهبًا مبطلًا للأصل وهو الرد فبطل حقه في الرجوع بالنقصان.

ولو كان الولد كبيرًا له أن يرجع بالنقصان؛ لأن بالقطع له لا يصير مسلمًا إليه؛ لأن

الأب لا يصير قابضًا عن ولده الكبير هبته، فإذا خاطه فقد خاطه على ملك نفسه فامتنع الرد حقًا للشرع فبعد ذلك إذا سلمه إلى الولد الآن صار واهبًا مملكًا منه فلم يصير مبطلًا لحق الرد بالهبة فلم يبطل حق الرجوع بنقصان العيب.

رجل اشترى عبدًا قد سرق في يد البائع ولم يعلم به المشتري، فقطعت يده في يد المشتري: كان للمشتري أن يرده على البائع ويرجع بجميع الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن قطع يده مضاف إلى سبب كان في ضمان البائع فصار كأنه قطع في يد البائع بعد البيع فصار بمنزلة ما لو استحق بعض العبد يرده ويرجع بجميع الثمن، كذا هنا.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يرد لكن يرجع بنقصان العيب وهو عيب السرقة لا بنقصان القطع؛ لأن القطع حصل في يد المشتري والقطع وإن كان مضافًا إلى السرقة؛ لكونه مستحقًا بالسرقة لكن فوات المالية غير مضاف إلى السرقة من حيث الاستحقاق؛ لأن السرقة لا توجب تفويت المالية والقطع يستحق من حيث كونه آدميًا وفوات المالية يحصل بطريق الضمن، فلم يكن مضافًا إلى السرقة من حيث كونه آدميًا وفوات المالية يحصل بطريق الضمن فلم يكن مضافًا إلى السرقة من حيث الأصالة؛ فلهذا يرجع بنقصان السرقة لا بنقصان القطع، فيقوم العبد سارقًا وغير سارق ويرجع بفضل ما بينهما من الثمن.

فإن سرق عند المشتري سرقة أخرى وقطعت يده بالسرقتين، فعندهما: يرجع على البائع بنقصان السرقة الأولى؛ لما مر.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: ليس له أن يرد إلا أن يقبله البائع كذلك.

فإن لم يقبله البائع كذلك يرجع المشتري عليه بربع الثمن؛ لأن اليد من الآدمي نصفه، وقد قطع نصف اليد بسرقة كانت في ضمان البائع ونصفه بسبب كان في ضمان المشتري وقد تعذر رده بغير رضا البائع فيرجع على البائع بما يقابل نصف اليد وهو ربع

الثمن، فإن قبله البائع كذلك يرجع على البائع بثلاثة أرباع الثمن وسقط عنه الربع؛ لأن نصف اليد قطع بسبب في ضمان المشتري وحصته ربع الثمن فسقط ذلك عن البائع.

وكذلك لو اشتره وهو مباح الدم، ولم يعلم به المشتري، فقتل في يد المشتري: عند أبي حنيفة رحمه الله يرجع بجميع الثمن، وعندهما: يرجع بنقصان العيب فيقوم مباح الدم وغير مباح الدم فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن.

وذكر في الكتاب: ولم يعلم المشتري بذلك في المسألتين، وهذا مستقيم على قولهما؛ لأن عندهما يجري هذا مجرى العيب فإذا كان عالمًا لا يرجع على البائع بشيء.

وأما عند أبي حنيفة رحمه الله: يجري هذا مجرى الاستحقاق ويستوي في ذلك علم المشتري وعدم علمه.

ولو تداولته الأيدي في البيوع، ثم قتل أو قطع، فعندهما رحمهما الله: له حكم العيب إذا لم يعلم واحد منهم، وعند أبي حنيفة رحمه الله: له حكم الاستحقاق فيتراجعون بالثمن.

فإن أعتق المشتري العبد، ثم قتل أو قطع بسبب كان في يد البائع، فعندهما رحمهما الله: يرجع بنقصان عيب السرقة أو بنقصان كونه مباح الدم؛ لأن الإعتاق ينهي الملك ويقرره فلا يبطل رجوعه بالنقصان كالموت.

وعند أبي حنيفة رحمه الله اختلف المشايخ على قوله:

قال بعضهم رحمهم الله: يرجع بجميع الثمن كما إذا قتل قبل الإعتاق.

وقال بعضهم: لا يرجع بشيء؛ لأنه بالإعتاق استوفى ماليته فلم يفت بالقتل ماليته فلا يضاف فوات ماليته إلى جناية كانت في ضمان البائع.

ولو اشترى جارية حاملًا وهو لا يعلم به، فولدت في يد المشتري وماتت، فعندهما:

يرجع على البائع بنقصان الحبل، وعند أبي حنيفة: اختلف المشايخ فيه، والأصح: أنه لا يرجع على البائع بالثمن؛ لأن الموجود في يد البائع الإعلاق وأنه ليس يفضي إلى الهلاك غالبًا؛ لأن الغالب هو السلامة عند الولادة فلا يضاف موتها إلى سبب كان في ضمان البائع، بخلاف ما إذا غصب جارية فحبلت في يد الغاصب فردها إلى المالك فولدت في يد المالك وماتت: يرجع المالك على الغاصب بقيمة الجارية؛ لأن الرد لم يصح؛ لأن شرط صحة الرد أن يردها كما أخذها ولم يوجد فلم يصح الرد، فصار كما لو هلكت في يد الغاصب، أما ههنا الحبل لا يمنع صحة التسليم إلى المشتري.

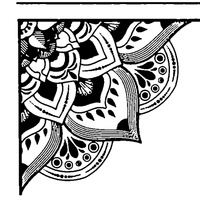
رجل اشترى عبدًا فأعتقه، ثم اطلع على عيب: رجع بنقصان العيب عندنا.

خلافًا للشافعي رحمه الله، وهو قاسه على الإعتاق بمال.

ولنا: الفرق، وهو: أن الإعتاق إنهاءٌ للملك فلم يصر حابسًا للمبيع فصار كالموت، بخلاف الإعتاق بمال؛ لأن ثمة حبس بدله فصار كحبسه، وذلك يبطل الرجوع بالنقصان كذا هنا.

رجل اشترى عبدًا فقبضه وباعه من غيره وسلمه إليه، ثم إن المشتري الثاني رده على المشتري الأول بقضاء القاضي بعيب بإقرار المشتري الأول، أو بنكوله أو ببينته: كان للمشتري الأول أن يرده على بائعه بالخصومة بأن يثبت أن العيب كان في يد البائع الأول؛ لأن الفسخ بالقضاء فسخ من كل وجه فصار عيبًا يحدث مثله أو لا يحدث مثله؛ لأن الرد بالتراضي بمنزلة بيع جديد في حق البائع الأول كأن المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني، ولو كان هكذا فلا خصومة على بائعه، كذا هنا.



باب الوكالة بالبيع والشراء

رجل دفع إلى رجل دراهم، فقال: اشتر لي بها طعامًا: فهو على الحنطة ودقيقها؛ لأنه هو المتعارف من الطعام في البيع فيتقيد به، وهذا استحسان، وفي القياس أن يتناول كل مطعوم كما في باب اليمين إذا حلف لا يأكل طعامًا فهو على كل مطعوم؛ لأن في باب اليمين لا عرف فيعمل بإطلاقه، وهو القياس.

وعن الفقيه أبي جعفر رحمه الله: إن كثرت الدراهم: فعلى الحنطة، وإن قلت: فعلى الخبز، وإن كان بين ذلك: فعلى الدقيق[1].

ولو أمر رجلًا ببيع دار، أو ببيع عبد فباع نصفهـا، أو نصف العبد: جاز عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الأمر مطلق.

وقالا: لا يجوز إلا أن يبيع النصف الآخر؛ لأن الأمر يتناول بيع كل الدار وبيع كل العبد، وهذا بيع نصف الدار ونصف العبد.

ولو أمره بشراء دار بعينها فاشترى نصفها: لم يجز إلا أن يشتري النصف الآخر قبل أن يرد البيع بِالْإِجْمَاعِ.

والفرق لأبي حنيفة رحمه الله: أن الوكيل بالشراء متهم؛ لأنه يجوز أن يشتري لنفسه، فإذا لم يوافقه يجعله للآمر، فيتقيد بما لا ضرر فيه للآمر، أما الوكيل بالبيع غير متهم؛ لأنه لا يقدر أن يبيع لنفسه كيفما باع فحمل على وجه المصلحة وإطلاق الموكل

---

(١) الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣/ ١٣٩).

الأمر بالبيع دلالة التفويض إلى رأيه في بيعه كيفما اتفق له اعتمادًا على أنه لا يقصر في حقه، فصار كما لو قال له: بعها كيف شئت فيملك البيع كيف ما شاء، كذا هنا.

رجل أمر رجلًا بأن يشتري له عبدًا بألف درهم فاشترى، فقال الآمر: اشتريته لنفسك، وقال المأمور: اشتريته لك، فإن كانت الألف منقودة إلى الوكيل: فالقول قول الوكيل بكل حال سواء كان العبد بعينه في التوكيل أو بغير عينه حيا كان في يد الوكيل أو ميتًا؛ لأن الألف كانت أمانة في يده وهو يدعي الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله.

وإن لم يكن الثمن منقودًا، فإن كان العبد هالكًا: فالقول قول الآمر سواء كان عبدًا بعينه أو بغير عينه؛ لأن المأمور لا يملك استئناف الشراء للحال وهو يدعي الرجوع على الآمر بالثمن، والآمر منكر، فيكون القول قول الآمر.

وإن كان العبد حيا قائمًا والعبد بعينه: فالقول قول المأمور؛ لأنه أخبر عما يملك استئنافه في الحال وهو غير متهم فيه: فلا يصح تكذيبه.

وإن كان عبدًا بغير عينه في الوكيل وهو حي: فعندهما القول قول المأمور؛ لما قلنا.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: القول قول الآمر؛ لأن المأمور متهم؛ لأن العبد إذا كان بغير عينه يملك أن يشتري لنفسه فيجوز أن يشتري لنفسه فلما لم يوافقه يجعله للآمر، فلم يقبل قوله إلا بحجة.

رجل قال لآخر: إن فلان أمرني أن اشتري هذا العبد منك بكذا فبعني لفلان، فاشتراه له، فباعه له، ثم قال: لم يأمرني فلان، فإن حضر فلان، وصدقه في الأمر أخذ العبد؛ لأنه أقر أنه اشتراه لفلان، ثم رجوعه بعد ذلك: لم يصح، وإن كان فلان لم يأمره، بأن قال: فلان بعدما حضر لم أمره [والعبد][1] للمأمور، فإن قال: بعد ذلك أمرته؛ لم

---

(١) في النسخة (ب) فالعبد.

يكن له على العبد سبيل إلا أن يسلم المشتري العبد إليه، ويأخذه فيكون ذلك بيعًا مبتدأً بينهما بالتعاطي، ويكون عهدة البيع على المأمور؛ لأن البيع بطريق التعاطي ينعقد في الأشياء الخسيسة والنفيسة، فيأخذ المبيع بلا أداء الثمن في الحال عندنا.

الوكيل بالبيع إذا رد المشتري المبيع عليه بقضاء القاضي بعيب لا يحدث مثله ببينة أو بأداء يمين أو بإقرار.

فنقول: إن كان عيبًا لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة ونحوها: فللمشتري أن يرده من غير بينة ولا نكول ولا إقرار؛ لأن القاضي تيقن بكون هذا العيب في يد البائع ويكون ذلك ردًا على الموكل من غير خصومة.

وإن كان عيبًا حادثًا لكن يعلم أنه لا يحدث في هذه المدة من حين الشراء وهو تأويل المسألة وهو قوله: رد عليه ببينة، أو بأيامين، أو بإقرار فإنه يعلم القاضي أن هذا العيب لا يحدث مثله في مدة شهر مثلًا لكن القاضي لا يعلم تاريخ البيع أن تاريخه منذ شهر أو أكثر منه فيحتاج المشتري إلى إقامة البينة، أو إلى غيره من الحجج أن تاريخ البيع منذ شهر، فيعلم القاضي أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد عليه المبيع.

وبعض مشايخنا رحمهم الله ذكرو تأويلًا آخر لكون العيب في يد البائع، وهو: أن يكون عيبًا في الباطن لا يحدث مثله لكن تطلع عليه النساء كالقرن في الفرج ونحوه، فالقاضي يري النساء، فإن شهدن بذلك: فلا يثبت الرد بشهادتهم؛ لكن يثبت حق الخصومة للمشتري في حق كونه موجبًا لليمين على البائع، فيحلفه القاضي، ويرد عليه بنكوله، ويكون ذلك ردًا على الموكل من غير خصومة أيضًا.

وإن كان عيبًا يحتمل حدوثه في هذه المدة بعد البيع، فالقاضي لا يرد إلا بالحجة ببينة، أو نكول البائع، أو إقراره بأن هذا البيع كان في يده قبل التسليم إلى المشتري، وإذا قضى القاضي بالرد على الوكيل بواحدة من هذه الحجج هل يكون ذلك ردًا على

الموكل حتى لا يحتاج الوكيل إلى الخصومة مع الموكل؟

ففي البينة والنكول يكون ردًا على الموكل ولا يحتاج الوكيل إلى الخصومة، أما البينة فلأنها حجة في حق الناس كافة والنكول ههنا بمنزلة البينة؛ لأن الوكيل مضطر في النكول؛ لأنه إذا كان عالمًا بالعيب، فلا يمكنه أن يحلف كاذبًا، وفي إقرار الوكيل بالعيب لا يكون ردًا على الموكل لكن للوكيل أن يخاصم الموكل فيرد عليه بينة بقيمتها أن العيب كان في يد الموكل، أو يحلفه، فإذا نكل: يرد عليه.

هذا إذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضي، فإن يرد عليه بإقراره برضاه من غير قضاء، فإن كان عيبًا يحدث مثله في هذه المدة: فلا خصومة له مع الموكل، ويلزم المبيع على الوكيل، ويجعل ذلك بمنزلة بيع جديد في حق الموكل.

وإن كان عيبًا لا يحدث مثله، ورد عليه بغير قضاء بإقراره:

فعلى رواية كتاب البيوع من الأصل: هذا بمنزلة الرد بقضاء القاضي؛ لأن الرد متعين فيستوي فيه القضاء وغير القضاء؛ كالأخذ بالشفعة والرجوع في الهبة.

وفي عامة الروايات: ليس له أن يرد على الموكل وجعل بمنزلة شراء جديد في حق الموكل، وهذا أوضح.

رجل أمر عبدًا بأن يشتري نفسه من مولاه للآمر بألف درهم، فقال العبد للمولى: بعني نفسي لفلان، فباعه: فالشراء واقع للآمر؛ لأن التوكيل قد صح، فإنه أجنبي في حق مالية نفسه.

وإن قال: بعني نفسي، ولم يقل: لفلان، فباعه: فهو حر، وفيه نوع إشكال وهو أنه وكيل بشراء شيء بعينه، والوكيل بشراء شيء بعينه إذا اشترى مطلقًا أو اشترى لنفسه يقع الشراء للآمر وهنا وقع الشراء للعبد.

والجواب عنه: إنما يقع الشراء للآمر إذا وافق أمره وهنا خالف أمره؛ لأن شراءه نفسه قبول الإعتاق بمال، وبيع المولى نفسه منه إعتاق، والمولى إذا باع نفسه منه مطلقًا ولم يضف إلى الآمر، فإنما رضي بزوال ملكه بشرط أن يكون الولاء له فالمطلق وقع للعبد فيعتق.

بخلاف ما إذا أضافه إلى الآمر؛ لأنه وافق أمره.

وبخلاف ما إذا كان الوكيل رجلًا آخر؛ لأن ثمة مطلق الشراء يصلح أمتثالًا لأمر الموكل فوقع للموكل.

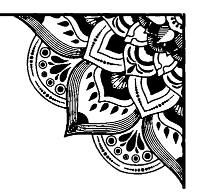
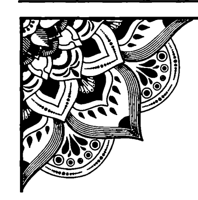
رجل أمر رجلًا بقبض دينه من فلان فجاءه، فقال من عليه الدين: بلى أنت وكيل صاحب المال لكن صاحب المال حضر واستوفاه: فإنه يؤمر بدفع المال إلى الوكيل، فإن حضر الموكل فيحلفه بالله: ما استوفيت حقك مني، فإن نكل فقد أقر، فيرجع الغريم على الوكيل بما دفع إليه.

ولو أمره برد المبيع على البائع بعيب فجاء إلى البائع، فقال البائع: قد رضي المشتري بالعيب يتوقف الآمر حتى يحضر المشتري، فيحلف أنه ما رضي بالعيب؛ لأنه لو رد القاضي على البائع بالعيب فينفذ القضاء ظاهرًا وباطنًا عند أبي حنيفة رحمه الله، فلو حضر المشتري وحلفه البائع ونكل لا يمكنه التدارك حتى إن عند محمد رحمه الله لما لم ينفذ القضاء باطنًا يرد على البائع بالعيب؛ لأن التدارك ممكن كما في الدين.

وعن أبي يوسف رحمه الله روايتان:

في رواية كقوله محمد رحمه الله لما قلنا من إمكان التدارك.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يوقف الأمر في مسالة الدين وفي مسألة الشراء؛ نظرًا للبائع والغريم، والله تعالى أعلم بالصواب.

باب الحقوق

رجل اشترى منزلًا فوقه منزل: لم يدخل علوه، إلا أن يقول: بكل حق هو له أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه؛ لأن العلو تبع المنزل من وجه، وأصل بنفسه من وجه من حيث أنه يحتمل السكنى، فلا يدخل إلا بالذكر أو باسم التبع.

ولو اشترى بيتًا لم يدخل العلو إلا بذكر العلو، ولا يدخل بقوله: بكل حق له وبمرافقة؛ لأن البيت اسم لما يبات فيه، فكل واحد من البيتين يبات فيه، العلو والسفل يبات فيه فلا يكون تبعًا فلا يدخل باسم التبع.

ولو اشترى دارًا: يدخل العلو من غير أن يقول: بكل حق له؛ لأن الدار اسم لما أدير عليه الحوائط والبناء والعلو من أجزائه وتوابعه، وهذا في عرفهم، وفي عرفنا: يدخل العلو من غير ذكر في الفصول كلها؛ لأن في عرفنا الدار والمنزل والبيت كله واحد، ثم باسم الدار يدخل الكنيف، ولا تدخل الظلة التي تكون على باب الدار؛ لأنها خارجة عن المحدود، إلا أن يقول: بكل حق له أو بمرافقة فحينئذٍ يدخل.

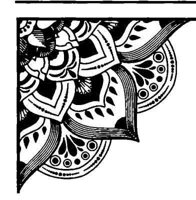
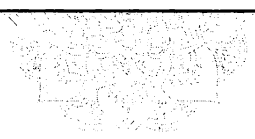
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن كان مفتحها ومصعدها في الدار تدخل؛ لأنها تبع الدار.

ولو اشترى بيتًا في دار: فلا تدخل الطريق في الدار، إلا أن يقول: بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير؛ لأنه تبع لكنه خارج المحدود، وكذلك الشرب والمسيل على هذا.

وفي الإجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل؛ لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا

انتفاع بدون الطريق فيدخل، أما البيع وضع لتمليك الرقبة، والانتفاع من ثمراته، ويمكنه الانتفاع في الجملة بأن يشتري الطريق.




باب الاستحقاق

رجل اشترى جارية، فولدت في يد المشتري ولدًا فاستحقها رجل بالبينة: يأخذها وولدها؛ لأن البينة حجة مطلقة؛ لأنها مبينة مثبتة ثبت بها البيان مطلقًا أنها ملك المستحق من الأصل فيكون الولد ملكه، ويرجع المشتري على البائع بالثمن.

ولو استحقها بإقرار المشتري: يأخذها، ولا يأخذ ولدها؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، وأنه إخبار، وإنما يثبت المخبر به سابقًا عليه تصحيحًا للخبر فلا يظهر ملك المستحق من الأصل؛ ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في هذه الصورة وهي ما إذا استحقها المستحق بإقرار المشتري.

ثم لما استحق الولد بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالأم أم يشترط له قضاء على حدة؟

قال بعضهم: لا يشترط؛ لأنه تدخل تبعًا.

وقال بعضهم: يشترط؛ لأنه أصل يوم القضاء فلا بد من الحكم.

رجل اشترى دارًا فشهد بذلك رجل على الصك وختم، ثم ادعى الدار يصح دعواه، ولا تكون الشهادة على الصك إقرار منه بأنها ملك البائع؛ لأن الإنسان قد يبيع مال غيره، فإن كتب في الصك باعه وهو يملكه يومئذ فيشهد بذلك على الصك لم تسمع دعواه، أما إذا شهد على الصك على إقرار البائع بذلك فحينئذٍ تسمع دعواه.

رجل اشترى عبدًا فإذا هو حر بأن أقام بينة أنه حر، وقد قال له العبد: اشترني فإني

عبد، وغاب البائع، فإن كان غيبة معروفة أو كان حاضرًا: فلا سبيل للمشتري على العبد بل يتبع البائع بالثمن، وإن كان غيبته لا يدري أين هو: رجع المشتري على العبد، ثم يرجع العبد على البائع؛ لأن المشتري إنما أقدم على شرائه معتمدًا على كلامه فجعل العبد كالضامن له صفة السلامة نفيًا للغرور؛ لأن البيع معاوضة يقتضي سلامة بإزاء سلامة؛ لكن جعل ضامنًا حال تعذر استيفاء الثمن من البائع؛ لأنه جعل ضامنًا ضرورة دفع الضرر عن المشتري فيتقدر بقدر الضرورة؛ كالمولى إذا قال: بايعوا عبدي فإني أذنت له بالتجارة، فلحقه ديون، ثم استحق العبد: فإن أصحاب الديون يرجعون على المولى بقيمته، كذا هنا.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يرجع المشتري على العبد [بحال] [(١)]؛ لأنه لم يضمن له شيئًا، وصار كما لو قال له ذلك أجنبي آخر، وصار كما لو قال العبد: ارتهني فإني عبدٌ فارتهنه، ثم استحق العبد: لا يرجع المرتهن على العبد بشيء كذا هنا.

ودلت المسألة على أن التناقض لا يبطل دعوى الحرية والعتق؛ لأن العبد لما أقر بالرق لم تثبت حريته، وثبوت الحرية بدعواه يكون ولو كانت المناقضة مانعة لصحة الدعوى لما ثبت حريته؛ وهذا لأن مبنى الحرية والعتق على الخفاء، أما في الحرية الأصلية لخفاء حالة العلوق، وفي الحرية العارضية وهو الإعتاق من قبل المالك المجازي بالعارضية؛ لأن المولى ينفرد به، فربما لا يعلم العبد بإعتاقه، ثم يعلم بعد ذلك، فالتناقض فيه لا يمنع الدعوى.

رجل ادعى في دارٍ حقًا، فصالحه المدعى عليه على مال، ثم استحقت الدار إلا ذراعًا منها: لا يرجع على المدعي بشيء؛ لأن للمدعي أن يقول: عنيت بالدعوى هذا القدر الذي بقي في يدك، إلا إذا استحق الكل: فحينئذٍ يرجع.

---

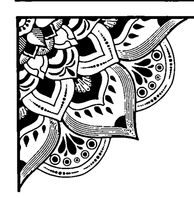
(١) في النسخة (ب) قال.

ولو ادعى كل الدار فصالحه على مائة درهم، ثم استحق منها شيء: يرجع على المدعي بحساب ذلك.

رجل باع عبدًا ولد في ملكه وقبضه المشتري وباعه من آخر، ثم ادعى البائع الأول نسب العبد: ثبت النسب منه، وبطل البيع الأول والثاني؛ لأن العلوق لما كان ملكه فالظاهر أنه يكون منه، أكثر ما في الباب أنه متناقض؛ لأنه لما أقدم على بيعه، فقد أقر برقه، فإذا ادعى النسب كان متناقضًا؛ لكن التناقض في مثله عفو؛ لخفاء حال العلوق، وصار كالمرأة اختلعت، ثم أقامت البينة على التطليقات الثلاث قبيل الخلع: قبلت؛ لتفرد الزوج بالطلاق.

وكذلك المكاتب إذا أقام البينة على أن المولى أعتقه: قبلت بينته؛ لتفرد المولى بالعتق.



باب بيع عبد غيره

رجل غصب عبدًا وباعه، ثم إن المشتري أعتق العبد، ثم أجاز المولى بيع الغاصب: نفذ العتق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد وزفر رحمهما الله: لا ينفذ.

هما قاساه على البيع، فإن المشتري لو باع من غيره، ثم أجاز المالك بيع الغاصب: لا ينفذ، فكذا العتق؛ لأن العتق أحوج إلى الملك من البيع؛ ألا ترى أن المكاتب لو باع يجوز، ولو أعتق لا يجوز، فلما لم يتوقف البيع، فأولى أن لا يتوقف العتق، فصار كما لو اشترى عبدًا بشرط الخيار للبائع، ثم أعتق المشتري العبد، ثم أجاز البائع البيع: لا ينفذ العتق، كذا هنا.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الفرق، وهو: أن بالعتق ينهي الملك والمنتهي متقرر حكمًا، وما كان مقررًا للشيء كان من حقوقه فيتوقف بتوقفه، بخلاف البيع؛ لأنه غير مقرر للملك؛ لأنه إزالة الملك لا إنهاء الملك، فلم يكن من حقوقه، فلا يتوقف بتوقفه.

وحقيقة الفقه في ذلك: أن زوال الملك ضد الملك، والشيء لا يتوقف بتوقف ضده، أما العتق مقرر للملك، ومقرر الشيء جاز أن يتوقف بتوقفه.

والدليل على الفرق بينهما: أن المشتري لو أعتق، ثم اطلع على عيب: يرجع بنقصان العيب.

ولو باع، ثم اطلع على عيب: لا يرجع بنقصان العيب، ثم في مسألتنا لو قطع يد العبد، ثم أجاز المالك بيع الغاصب: كان الأرش للمشتري، ويتصدق بما زاد على نصف الثمن؛ لأنه ثبت الملك له من وقت الشراء، فتبين أن القطع حصل على ملكه: فيكون الأرش له.

بخلاف مسألة خيار البائع؛ لأن ثمة لم يثبت الملك على سبيل التوقف؛ لأن الخيار يمنع انعقاده في حق الملك، فلم يتوقف العتق.

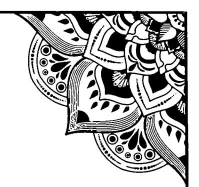
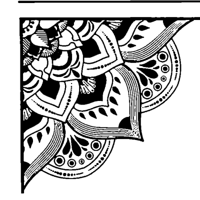
أما هنا البيع مطلق غير مشروط بشيء، فانعقد في حق الملك، وثبت الملك على سبيل التوقف؛ لأنه لا ضرر للمالك في ثبوت الملك على سبيل التوقف فيتوقف ما هو من حقوقه بتوقفه.

رجل باع عبد رجل، فقال المشتري: بعته مني بغير إذن مالك العبد ـ يريد المشتري بهذا القول رد البيع ـ وجحد البائع ذلك، فأقام المشتري بينة على إقرار البائع أو على إقرار صاحب العبد أنه لم يأمره ببيعه: لا تقبل بينته؛ لأن البينة تترتب على دعوى صحيحة، ولم تصح الدعوى؛ لمكان التناقض؛ لأن إقدامه على الشراء إقرار منه بصحة البيع فإذا ادعى بطلانه كان متناقضًا وساعيًا في نقض ما تم به، وأنه لا يجوز إلا إذا أقر البائع عند القاضي أن صاحب العبد لم يأمره ببيعه، والمشتري ساعده في ذلك فيكون نقضًا منهما للبيع.

رجل غصب مدبرة وماتت في يده: ضمن قيمتها، وفي أم الولد خلاف.

وقد مر في كتاب العتاق.



باب الشفعة

خمسة اشتروا دارًا صفقة واحدة: فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم؛ لأنه يقوم مقام المشتري فلا ضرر على البائع، ولا على أحد من المشتريين؛ لأن الصفقة وقعت متفرقة في حق المشتريين، فإذا أخذ نصيب واحد من المشتريين لا يتفاوت في حق سائر المشتريين؛ لأنه يصير شريكًا لهم قائمًا مقام المشتري الذي كان شريكًا لهم، وليس لأحد من المشتريين ولا للشفيع أن يأخذوا شيئًا من الدار حتى يؤدوا جميع الثمن.

ولو اشترى رجل دارًا من خمسة نفر: فالشفيع يأخذ كل الدار أو يتركها؛ لأن المشترى واحد، وأخذ البعض تفريق الصفقة على المشتري: فلا يجوز.

رجل اشترى أرضًا فيها نخيل، وفي النخيل تمر: فالنخيل يدخل في البيع من غير ذكر؛ لأنه متصل به، وأنه للبقاء.

أما الثمر: لا يدخل من غير ذكر استحسانًا؛ لأنه للفصل فجعل كأنه منفصل عنه.

فإن حضر الشفيع أخذ الأرض والنخيل والتمر؛ لأن التمر ما دام على النخل تبع النخل والنخل تبع الأرض.

فإن جد المشتري التمر يأخذ الشفيع النخل والأرض دون التمر؛ لأنه لم يبق تبعًا، ولا شفعة في المنقول لكن سقط عن الشفيع حصة التمر من الثمن؛ لأن التمر كان موجودًا وقت العقد فكان له قسط من الثمن، فإذا أخذ المشتري التمر صار أصلًا بنفسه وهو منقول: لم يبق الشفيع متملكًا من أخذه بعد أن كان متمكنًا تبعًا للنخل، وللتمر

قسط من الثمن، وإن كان بيعها لكونه موجودًا لدى العقد، فإذا فات بعض المثمن، ولم يسلم للشفيع ضرورة أنه لا شفعة في المنقول يسقط عن الشفيع أيضًا ما يقابل التمر من الثمن.

فلو أثمر في يد المشتري: فالشفيع يأخذ التمر أيضًا ما دام على النخل؛ لكونه تبعًا.

فإن جذه المشتري فالشفيع يأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن، ولا يأخذ التمر؛ لأن التمر لم يكن موجودًا وقت العقد ولا وقت القبض، فلم يكن له قسط من الثمن، فلا يسقط لحصته شيء من الثمن.

ولو اشترى نصف دار شائعًا وقاسم البائع: فللشفيع أن يأخذ النصف الذي صار للمشتري، وليس له أن ينقض القسمة؛ لأن القسمة لتكميل القبض، وليس للشفيع أن ينقض قبض المشتري ليعيد العهدة على البائع، فكذا ليس له أن ينقض القسمة.

رجل اشترى دارًا، فقال الشفيع: اشتريتها بألف، وقال المشتري: اشتريتها بألفين: فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن الشفيع يدعي عليه حق الأخذ بألف وهو منكر ولا يتحالفان؛ لأن المشتري لا يدعي على الشفيع شيئًا والشفيع غير منكر؛ لأن المنكر من إذا ترك الخصومة لا تترك، وههنا لو ترك الشفيع الخصومة تترك له فلا يكون منكرًا شيئًا.

وإن أقاما البينة فبينة المشتري أولى أيضًا في قول أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه ثبت الزيادة.

وفي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: بينة الشفيع أولى؛ لأن بينته ملزمة، فإنها تلزم على المشتري تسليم الدار إلى الشفيع وبينة المشتري غير ملزمة؛ لأنه إذا ثبت أنه اشتراها بألفين لا يلزم على الشفيع الأخذ بألفين بل هو مخيرٌ بين أن يأخذ، وإن شاء ترك.



ولأنا فيما قلنا: اعمل ببينتين؛ لأنه جعل كأنه اشترى بألف، ثم بألفين: فللشفيع أن يأخذها بألف بالبيع الأول.

رجل باع دارًا فلعبده المأذون المديون الشفعة، وكذلك العبد لو باع دارًا فلمولاه الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة في معنى الشراء، ولكل واحد أن يشتري من الآخر فكذلك الشفعة.

ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة: بل هو شفيع الجوار؛ لأن العلة هي الشركة في العقار ولم يوجد.

ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية؛ لأن القسمة إفراز من وجه بيع من وجه، والشفعة حكم يختص بالبيع من كل وجه.

وقوله: ولا خيار رؤية، فإن كانت الرواية بكسر الراء يعني لا شفعة في الفسخ بخيار الرؤية، فإن سلم الشفيع الشفعة بالشراء، ثم فسخ المشتري بخيار الرؤية لا يتجدد للشفيع حق الشفعة؛ لأنه فسخ من كل وجه.

بخلاف الإقالة حيث يتجدد [بها][1] حق الشفعة؛ لأنه بيع معنى.

وإن كانت الرؤية بفتح الراء معناه ليس في القسمة خيار الرؤية، والصواب هو الأول؛ لأن خيار الرؤية يثبت في القسمة مذكور في كتاب القسمة.

رجل اشترى دارًا وشفيعها صغير فسلم الأب والوصي الشفعة أو سمعا فلم يطلبها: بطلت شفعة الصغير في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأن التسليم امتناع من التملك لا إبطال حق ثابت؛ ألا ترى أنه لا يورث فصار كما لو باع رجل للصغير دارًا فلم يقبل الأب أو الوصي.

---

(١) في النسخة (ب) به.

وقال محمد: لا تبطل شفعته حتى لو بلغ له أن يأخذ بالشفعة؛ لأن التسليم إبطال حق ثابت والأب والوصي لا يملك ذلك.

الشريك في البقعة مقدم على الكل بالشفعة، ثم هذا الشريك في الطريق، ثم الجار الملاصق الذي لا يشركه له في الطريق

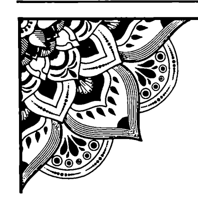
حتى إن الجار المقابل الذي له شركة في الطريق أحق من الجار الملاصق الذي لا شركة له في الطريق.

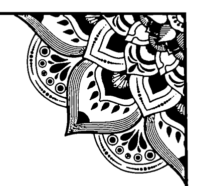
ولو كانا شريكين في الطريق ولأحدهما جوار ملاصق: استويا؛ لأن الجوار علة بعد الشركة، وما يكون علة بعدها لا يصلح مرجحًا مع وجود الشركة، والمعنى في ذلك أن السبب اتصال الملكين؛ لحكمة دفع ضرر الدخيل.

والاتصال بالشركة في البقعة أقوى من الشركة في الطريق؛ لأن ذلك اتصال بما هو الأصل وهذا اتصال بما هو تبع، والله أعلم بالصواب.









باب المأذون

عبد مأذون عليه دين باعه مولاه وغيبه اللمشتري، فالغرماء بالخيار: إن شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن، وإن شاؤا ضمنوا البائع أو المشتري قيمته؛ لأن حقهم كان متعلقًا بالعبد من حيث كان لهم أن يبيعوه بديونهم إلا أن يقضي المولى ديونهم، وقد أتلف البائع حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالشراء والقبض؛ لأنه في حق الغرماء بمنزلة المرهون، والجواب في المرهون كذلك.

فإن اختاروا الضمان وأخذوا الضمان من المولى وهو البائع، أو أخذوا من المشتري، ثم رد المشتري العبد على المولى بعيب: عاد حقهم في عين العبد، وللبائع أو المشتري أن يرجع على الغرماء بالضمان؛ لارتفاع سبب الضمان كالمرهون إذا رد على الراهن بعيب عاد حق المرتهن في العبد، ويؤدي إلى الراهن ما أخذ من الضمان إن كان من خلاف جنس حقه، وكالغاصب إذا باع وضمن القيمة للمالك، ثم رد عليه بعيب يرد العبد إلى المالك ويأخذ منه ما دفع كذا هنا.

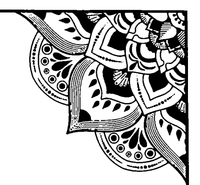
عبد مأذونٌ مديونٌ وله عبد فأعتق المولى عبد عبده، فإن لم يكن الدين مستغرقًا لرقبته ورقبة عبده: نفذ عتقه بِالْإِجْمَاعِ، وإن كان مستغرقًا لهما، فعند أبي حنيفة رحمه الله: لا ينفذ عتقه، وعندهما ينفذ.

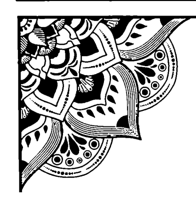
وهذا بناء على أن الدين الكثير يمنع ثبوت الملك للمولى في كسب عبده المأذون المديون عنده، وعندهما: لا يمنع، والقليل لا يمنع بِالْإِجْمَاعِ والكثير مقدر بأن يستغرق رقبته وكسبه وهما يقولان: بأن كسب عبده ملكه فينفذ عتقه كما لو لم يكن الدين مستغرقًا.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن المولى إنما يملك كسبه بشرط فراغه عن حاجة العبد، وهنا لم يفرغ كان القياس في الدين القليل أن يمنع؛ لكن لو قلنا: بأنه يمنع يؤدي إلى أن يمتنع الملك للمولى في كسب كثير بسبب دانق وأنه أمر محال، والله أعلم.









باب مسائل متفرقة

رجل قال لآخر: بع عبدك مني بألف درهم، فقال: لا أبيع إلا بالألف وخمسمائة، فقال رجل آخر: بعه بألف على أني ضامن لك خمسمائة أخرى سوى الألف من الثمن، فقال: بعت، فقال المشتري: اشتريت: صح، ويكون الألف على المشتري والخمسمائة على الضامن.

ولو قال الرجل الآخر: بعه بألف علي أني ضامن لك خمسمائة أخرى سوى الألف، ولكن لم يقل: من الثمن: لا يجب على هذا الرجل الضامن شيء والبيع بألف لا غير.

والفرق: أنه لما قال: من الثمن يكون زيادة في الثمن فيكون ثمنًا واجبًا بالبيع، وإذا لم يقل: من الثمن: لم يجب بالبيع، ولم يكن ثمنًا فيكون هذا التزام الرشوة ابتداء وأنه باطل.

فإن قيل: إذا قال: من الثمن كيف يكون ثمنًا ولم يدخل في ملكه شيء من المبيع، وكذلك هذا بيع بثمن على غير المشتري فإنه فاسد؟

قلنا: له الثمن متى وجب مقصودًا إنما يجب بشرط أن يدخل في ملكه شيء من المبيع، وهنا تثبت الزيادة، وصار كالزيادة في الثمن بعد البيع وليس هذا بيع بالثمن على غير المشتري وهذا جائز كالزيادة بعد الثمن عندنا.

رجل اشترى عبدًا بألف درهم وقبضه، ثم تقايلا بألف وخمسمائة، أو اشترى بألف وتقايلا بخمسمائة: فهو إقالة بالثمن الأول وهو ألف عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن

الإقالة فسخ فيما بين المتعاقدين عندهما؛ لأنه عبارة عن رفع العقد بقول الرجل: اللهم أقنلي عثراتي أي ارفعها.

إلا أنه إذا تعذر الفسخ بأن زاد في المبيع زيادة متصلة أو منفصلة:

فعند أبي حنيفة رحمه الله: تبطل الإقالة.

وعند محمد: يجعل تبعًا إذا كان مقبوضًا؛ ألا ترى أن الإقالة بيع في حق غير المتعاقدين، وهنا لم يتعذر الفسخ؛ لأنه لم يحدث في المبيع زيادة متصلة ولا منفصلة فيكون فسخًاعندهما، والفسخ يكون بالثمن الأول لا محالة ويلغوا ذكر الخمسمائة في الوجهين.

بقي قولهما: فسخنا البيع فيكون فسخًا بالثمن الأول وهو ألف، كذا هنا.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يكون إقالة بالثمن الأخير وهو ألف وخمسمائة في الوجه الأول، وبخمسمائة في الوجه الثاني؛ لأن الإقالة بيع في حق المتعاقدين إلا أن لا يمكن جعله بيعًا بأن كان غير مقبوض؛ لأنه يكون بيع المنقول قبل القبض فيجعل فسخًا؛ لأن صورتها صورة الفسخ، ومعناه معنى البيع وهو التمليك والتملك بالتراضي فجعلناه بيعًا بعد القبض فسخًا قبل القبض عملًا بهما وهنا أمكن جعله تبعًا؛ لأن المبيع مقبوض والبيع يكون بالثمن المذكور في البيع وذلك ألف وخمسمائة في الوجه الأول وخمسمائة في الوجه الثاني.

ولو تقايلا بخمسمائة وقد حدث بالمبيع عيب في يد المشتري يكون إقالة بخمسمائة بِالْإِجْمَاعِ.

أما عند أبي يوسف: فظاهر.

وأما عندهما؛ لأن المحطوط يكون بمقابلة النقصان.

رجل في يده دار فأقام رجل بينة أنه اشتراها من ذي اليد بألف درهم ونقده الثمن، فأقام ذي اليد بينة أنه اشتراها من الخارج بألف درهم ونقده الثمن، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: تهارت البينتان وبقيت الدار في يد ذي اليد؛ لأنهما اتفقا على بيع واحد بينهما فلا يمكن القضاء بالتعيين؛ لأنه قضاء بغير دعوى وتعذر القضاء ببينة أحدهما على التعيين، إذ ليس أحدهم بأولى من الآخر فتعين التهاتر بقي قبض كل واحد منهما ثمن الدار من صاحبه فيتقاصان وعند محمد: البيعان جائزان، ويقضى بالدار للخارج؛ لأنه أمكن القضاء بالبينتين بأن يقضى ببيعين، غير أنَّا لو بدأنا بشراء الخارج من ذي اليد أولًا لم يصح بيعه من ذي اليد بعد ذلك؛ لعدم القبض عند محمد.

ولو بدأنا بشراء ذي اليد أولًا: يصح بيعه من الخارج؛ لوجود القبض فيجعل كأن ذا اليد اشترى من الخارج وقبض، ثم باع من الخارج ولم يسلم إليه فيقضى بالدار للخارج ويؤمر ذو اليد بتسليم الدار إليه.

ولو شهد الشهود بالبيع وقبض الدار: تهاترت البينتان بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنه تعذر القضاء بالتعيين؛ لأنه ليس أحدهما أولى بالتقديم من الأخر.

رجل اشترى جارية فزوجها المشتري قبل القبض: صح التزويج، فإن وطئها الزوج صار المشتري قابضًا؛ لأن الوطء استيلاء حسًا، وقد حصل بتسليط المشتري، فصار كأن المشتري فعل بنفسه.

ولا يصير قابضًا بمجرد التزويج استحسانًا، والقياس أن يصير قابضًا؛ لأنه تعيب وجه الاستحسان: أن التزويج تعيب حكمًا، والقبض إنما يحصل بالاستيلاء حسًا، حتى لو وجد التعيب حقيقة وحسًا يصير قابضًا.

رجل اشترى عبدًا وغاب، ولم ينقد الثمن فطلب البائع من القاضي أن يبيع العبد بثمنه وقص عليه القصة: فالقاضي لا يمنع من غير بينة، فإن أقام البائع بينة أنه باع العبد

من فلان وأنه غاب قبل نقد الثمن فإن كان غيبة معروفة لا يبيعه القاضي؛ لأنه أمكن إيصاله إلى حقه بدون البيع.

وإن كان لا يدري أين هو: فالقاضي يبيع العبد، ويوفي ثمنه.

وفي الحقيقة ليس هذا قضاء بالبينة؛ لأنه يكون قضاء على الغائب لكنه إنما يفعل ذلك بإقراره، ولأن العبد ملكه بحكم اليد وقد أقر به لغيره مشغولًا بحقه فثبت لغيره لكن مشغولًا بحقه وإنما يطلب منه البينة لدفع الريبة والتهمة.

رجلان اشتريا عبدًا صفقة واحدة فغاب أحدهما: فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبض جميع العبد، فيكون نصيب صاحبه محبوسًا في يده حتى يؤدي ما دفع عنه من الثمن وهذا قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه مضطر في أداء نصيب الشريك؛ ليتمكن من قبض نصيبه تحرزًا عن تفريق الصفقة على البائع قبل القبض فلم يكن متبرعًا.

وقال أبو يوسف: هو متبرع في أداء نصيب الشريك، وليس له أن يحبس نصيب الشريك إذا حضر؛ لأنه أدى دينه بغير أمره فكان متبرعًا.

رجل تزوج امرأة بغير أمرها فظاهر منها، ثم أجازت: فالظهار باطل.

وهي مسألة كتاب الطلاق.

رجل اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة: فهما نصفان؛ لأنه أضاف البيع إليها على السواء فيكون الثمن منهما على السواء أيضًا.

رجل له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفًا فأنفقها ولم يعلم به، ثم علم: صح القضاء في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الزيوف من جنس حقه، فلو لم يصح القضاء يجب عليه ضمان المقبوض حقًا له؛ ليتمكن من الرجوع بالجياد، والضمان إنما يجب على الإنسان حقًا لغيره عليه؛ لا حقًا له.

وقال أبو يوسف: يرد الزيوف ويرجع بالجياد؛ لأنه وجد بدل حقه معيبًا والدراهم لا تتعين في المبادلات فيرد مثله بالعيب ويرجع بحقه.

الطير إذا باض أو فرخ في أرض رجل فأخذه غيره: فهو للآخذ؛ لا لصاحب الأرض؛ لأنه مباح سبقت يد الأخذ إليه؛ لأن صاحب الأرض ما ملكه؛ لأنه ما أعد الأرض لذلك، وقال عليه السلام: «الصيد لمن أخذه»[1]، وصار كمن نصب شبكةً للجفاف وتعلق بها الصيد: فهو للأخذ لا لصاحب الشبكة؛ لأنه ما أعده لذلك؛ ولهذا قلنا في نثر السكر والدراهم إذا وقع في ثوب إنسان: لم يملكه إلا إذا ضم ثوبه وكان هيأ نفسه لذلك فحينئذٍ يملكه، بخلاف النحل إذا عسل في أرض إنسان فهو لصاحب الأرض؛ لأنه ليس بصيد بل هو من نماء الأرض، وصار كما لو نبتت شجرة في أرضه تكون له، كذا هنا.

عبد بين رجلين اشترى أبو العبد نصيب أحدهما فهو موسر: فللشريك الذي لم يبع أن يضمنه قيمة نصيبه بالاتفاق.

وقد مرت في كتاب العتاق.

ولا بأس ببيع من يزيد.

وهذا مخصوص عن «نهي النبي عليه السلام عن الاستيام على سوم أخيه»[2]، وبه تبين أن المراد من النهي إذا سكن قلب كل واحد منهما على اليمين المذكور.

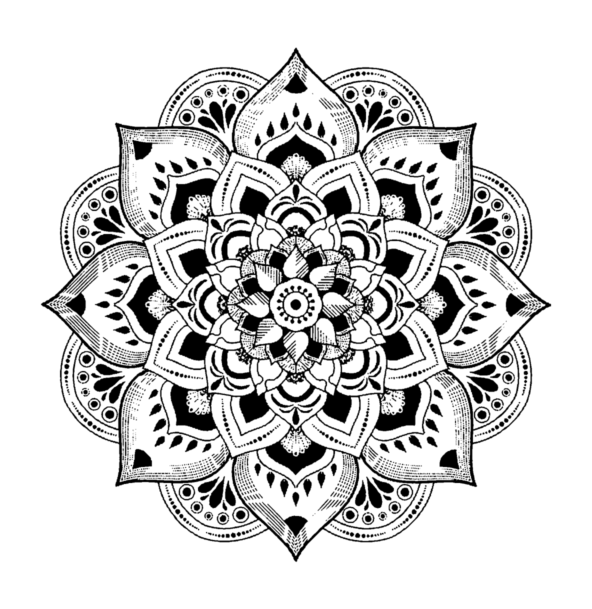
أما إذا قال البائع: لا أبيع بهذا الثمن: جاز لغيره أن يستامه بأكثر من ذلك، والله تعالى أعلم بالصواب.

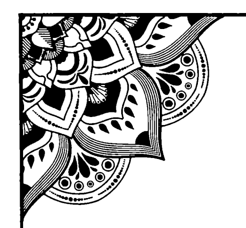


---

(١) قال العلامة ابن حجر العسقلاني في الدراية: (٢/ ٢٥٦): لم أجد له أصلاً.

(٢) أخرجه البخاري برقم: (٢٧٢٧)، ومسلم برقم: (١٤٠٨).

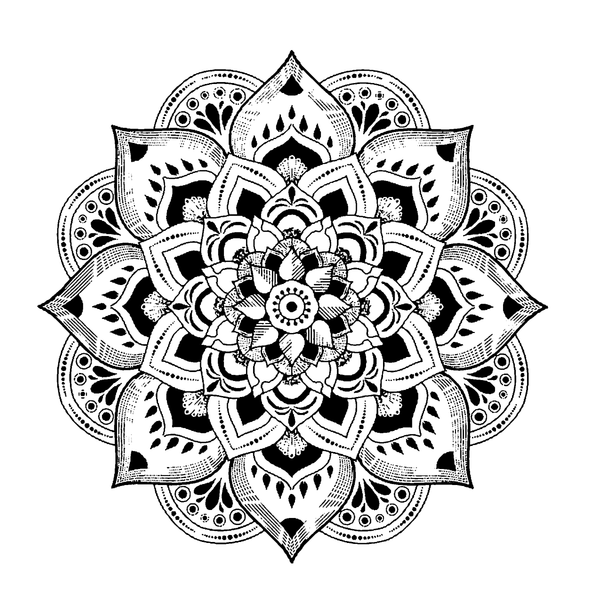


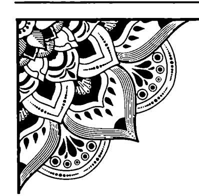
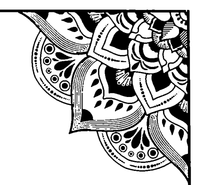



كتاب الكفالة







كتاب الكفالة(١)

رجل أخذ بنفس رجلاً كفيلاً، ثم أخذ به كفيلاً آخر: صح، ويطالب أيهما شاء بتسليم بنفس الأصيل؛ لأنه يحتمل التعدد كالكفالة بالدين يحتمل التعدد.

رجل كفل بنفس رجل، ولم يقل: إذا دفعته إليك فأنا بريء، فدفعه إليه: فهو بريء؛ لأن هذا حكم الكفالة فيثبت سواء نص عليه أو لم ينص، فإذا صرح بالكفالة: يلزم من ذلك ذكر حكمه.

ولا كفالة بالنفس في الحدود والقصاص في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الكفالة شرعت للاستيثاق فلا يليق به ما بني على الدرئ والإسقاط، **وعندهما: لا بأس به**؛ لأن

---

(١) **الكفالة** في اللغة: عبارة عن الضم والجمع؛ يقال: كفل هذا إلى ذاك أي جمعه.

قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران:٣٧] أي ضمها إلى عياله.

وقال عليه السّلام: «أنا وكافل اليتيم، كهاتين في الجنّة» يعني ضام يتيم إلى نفسه في التربية.

والكفل: كساءٌ يدار حول سنام البعير، ثم يركب.

وقال عليه السّلام في العاقد شعره في الصلاة: «إنّه كفل الشّيطان» سمي بذلك لما فيه من الضم.

ويسمى النصيب كفلًا؛ لأنّ صاحبه يضمه إلى نفسه، وإنّما سمي هذا التّصرّف بذلك؛ لأنّه ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في حق المطالبة لا في حق أصل الدّين حتّى يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل؛ لعدم الفائدة في الطلب، ولا يبرأ الأصيل ببراءة الكفيل؛ لبقاء الدّين في ذمته.

دل على جوازها قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف:٧٢].

وقوله عليه السّلام: «الزّعيم غارمٌ».

وعليه فعل الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير.

تسليم النفس واجب على الأصيل فصح التزامه، والخلاف في جبر القاضي على إعطاء الكفيل، أما لو سمحت به نفسه بذلك: لا بأس به.

ولا يحبس في شيء حتى يشهد شاهدان مستوران أو واحد عدل يعرفه القاضي يشهد أنه زنى أو قتل: فحينئذٍ يحبسه ليشهد عليه الشهود العدول؛ لأنه تثبت تهمة الزنا أو القتل فيجوز حبسه.

والرهن والكفيل جائزان في الخراج؛ لأنه دين.

رجل له على آخر مائة درهم، فكفل رجل بنفسه على أنه إن لم يواف به غدًا فعليه المائة: صحت الكفالتان عندنا.

وعند الشافعي رحمه الله: لا تصح الكفالتان، أما الكفالة بالنفس؛ لأنه لا يقدر على تسليم نفس الأصيل؛ لأنه يغيب نفسه عن الكفيل كما يغيب نفسه عن الطالب وهو المكفول له.

وأما الكفالة الثانية؛ فلأن هذا تعليق وجوب المال بالخطر فلا يصح؛ كما لو قال: لك علي مائة درهم إن دخلت الدار.

ولنا: أما الأول فإن الكفيل قادر على تسليم نفس الأصيل إما بنفسه، أو بواسطة الاستعانة من أعوان القاضي: فيصح؛ دفعًا لحاجته قياسًا على الكفالة بالدين، وإذا صحت الكفالة بالنفس فتصح الكفالة بالمال بناء عليه توثيقًا له؛ ليكون حاملًا للكفيل على حفظ نفس الأصيل وتسليمه خوفًا عن لزوم المال لو لم يسلمه، وما يكون مؤكدًا للشيء يكون مشروعًا تبعًا له، بخلاف ما إذا علق وجوب المال بشرط آخر؛ لأنه تعليق وجوب المال ابتداء فلم يصح.

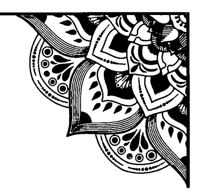
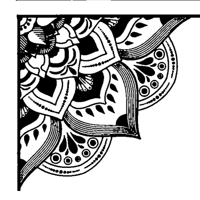
هذا إذا كان المال معلومًا، أما إذا ادعى فقال له رجل: دعه وأنا كفيل بنفسه على أني إن لم أوافك به غدًا فعلي مائة درهم، فعند محمد: لا تصح الكفالة بالنفس، ولا

الكفالة بالمال حتى لو لم يواف به غدًا لم يلزمه شيء؛ لأن الدعوى لم تصح لجهالة المدعي به فلم يستوجب إحضار المدعى عليه مجلس القضاء فلم تصح الكفالة بالنفس فلا تصح الكفالة بالمال؛ لأنه غير مؤكد له بقي تعليق وجوب المال بالحظر ابتداءً وأنه باطل حتى لو كان المال مقدرًا عند الدعوى تصح الكفالتان عنده؛ لما مر.

وعند أبي يوسف: صحت الكفالتان إذا بين المال بعد ذلك مائة درهم وادعى أنها له؛ لأن الدعوى صحيحة على احتمال البيان فإن العادة أن المدعي لا يبين المال المدعى به قدره أو جنسه في غير مجلس القضاء تحرزًا عن خصمه، فإذا بين القدر بعد ذلك التحق البيان بالمحمل، فصار كما لو كان المال مقدرًا عند الدعوى فيظهر أن الدعوى كانت صحيحة، وأن الكفالة بالنفس كانت صحيحة، فكذلك الكفالة بالمال بناء عليه.

وفي كل موضعٍ صحت الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة، فإذا مات الأصيل: لزمه المال على الكفيل؛ لأنه تحقق الشرط وهو عدم المـوافاة، والله تعالى أعلم بالصواب.



باب الكفالة بالمال

رجل كفل رجل بمال، ثم إن رب الدين أخر عن الكفيل، أو أبرأه: لا يكون ذلك تأخيرًا أو إبراءً عن الأصيل؛ لأن الكفيل التزم المطالبة، فأما الدين فهو على الأصيل وسقوط المطالبة أو تأخيرها عن الكفيل لا يوجب سقوط الدين، وتأخير المطالبة عن الأصيل.

فأما لو أخر عن الأصيل أو أبرأه عن الدين يوجب ذلك تأخير الدين أو سقوط الدين عن الكفيل؛ لأن الدين متى سقط، أو صار مؤجلًا على الأصيل: فالكفيل لا يطالب بدين مؤجل أو ساقط.

بخلاف ما إذا كفل بدين على أنه يكون مؤجلًا على الكفيل وهو كان حالًا على الأصيل حيث يصير مؤجلًا على الأصيل؛ لأن رب الدين رضي بكونه مؤجلًا على الأصيل؛ لأن الكفيل لما كفل به مؤجلًا ولا تصح الكفالة به مؤجلًا إلا وأن يكون الدين على الأصيل مؤجلًا فيكون ذلك من رب الدين تأجيلًا على الأصيل وهو المديون المكفول عنه.

ولو أن الأصيل أدى المال إلى الكفيل قضاء لما يؤدي الكفيل صاحب المال، ثم أراد أن يسترده ليس له ذلك إلا أن يقضي الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فحينئذٍ يسترده؛ لأن الكفيل بالكفالة استوجب الرجوع على الأصيل وصار دينًا للكفيل على الأصيل بالكفالة بمنزلة دين مؤجل، وإنما يحل ذلك بأداء الكفيل فإذا قبضه بحكم التعجيل اقتضاء حقه فقد ملكه، فلا يكون للأصيل الرجوع بما دفع إليه فإن تصرف الكفيل في

ذلك وربح طاب له الربح؛ لأن الربح حصل في ملكه وضمانه.

ولو كان المكفول به كر حنطةٍ، فدفع الأصيل وهو المديون إلى الكفيل قضى له بما يؤدي صاحب المال فتصرف فيه وربح: فالربح له؛ لما مر، ولكن يستحب له أن يرده على الأصيل في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية هذا الكتاب.

وذكر في كتاب الكفالة من الأصل: أنه يتصدق به.

وذكر في البيوع: أنه يطيب له، وهو قولهما، ووجهه: ما ذكرنا في الدراهم.

ووجه ما ذكر هنا: أن ملك الكفيل في المقبوض ناقص؛ لأن الأصيل بسبيل من أن يقضي الدين بنفسه ويسترد من الكفيل عين ما دفع إليه من الكر؛ لأنه يتعين فكان الربح على ملك الأصيل من وجه فيرده عليه.

فإن كان الأصيل فقيرًا طاب له القضاء، وإن كان غنيًا، في رواية: يطيب له، وفي رواية: يتصدق به.

ولو أداه الدراهم أو الكر بطريق الرسالة بأن قال: ادفع هذا إلى رب ديني: لم يجز له التصرف فيه، والربح لا يطيب له، فإن كان رب الدين قال للكفيل: برئت إلي فهذا إقرار منه بقبض المال من الكفيل، فيرجع الكفيل على المكفول عنه؛ لأن الأصل في هذا أن بداية البراءة متى كان من جهة المطلوب ونهايتها من جهة الطالب يكون براءة إيفاء وقبض؛ ألا ترى أن أداء المطلوب يسبق قبض الطالب وههنا لما قال: برئت فقد بدأ من جهة المطلوب وانتهى من جهة نفسه بقوله: إلي فيكون إقرار بالقبض.

ولو قال: أبرأتك: لم يرجع الكفيل على الأصيل بشيء؛ لأن البراءة التي بدايتها من الطالب تكون بالإسقاط، وههنا بدأ من جهة نفسه بقوله: أبرأت، ثم أتم بالإضافة إلى المطلوب بحرف الكاف فلم يكن إقرارًا بالقبض.

ولو قال: برئت فعند أبي يوسف هو نظير الأول؛ لأنه بدأ بالبراءة من جهة المطلوب والبراءة من جهة المطلوب تكون بالأداء.

وعند محمد نظير الثاني؛ لأنه ذكر البراءة مطلقة وذلك قد يكون بالأداء، وقد يكون بالإسقاط، فلا يثبت الرجوع على الأصيل بالشك.

المكفول عنه قال للكفيل: تعين علي حريرًا، ففعل، فالشراء للكفيل، والربح الذي ربحه البائع له على الكفيل، وهذا أمر بالعينة.

وصورة العينة: أن يستقرض إنسان من رجل عشرة دراهم، فالمقرض لا يرغب إلى الإقراض من غير زيادة تحصل له، فيحتال بحيله تحل له الزيادة، فيقول: إن شئت أبيعك هذا الثوب باثنى عشر درهمًا وقيمته عشرة دراهم ليبيعه من هذا الرجل بعشرة، ثم إني اشتريته منه بعشرة فيحصل له ربح درهمين.

سمي عينةً؛ لأنه طلب منه القرض فأحاله إلى بيع العين، وهذا مكروه؛ لقوله عليه السلام: «إذا تبايعتم بالعينة واتبعتم أذناب البقر ذللتم»[1] وهذا من أشراط الساعة؛ لأن الإنسان لا يجد القرض بدون هذه.

إذا ثبت هذا فنقول: في مسألتنا لما أمره بالعينة عليه فصار كأنه قال للكفيل: اشتر ثوبًا قيمته عشرة باثنى عشر، وبعه بعشرة والدرهمان علي فهذا الأمر باطل، وإذا فعل الكفيل: فالشراء يكون له، وربح الدرهمين للبائع عليه، وهو الكفيل لا على الآمر وهو المكفول به.

رجل ضمن لرجل بما ذاب له على فلان، أو بما قضى له به عليه، فغاب المكفول عنه: فليس له على الكفيل شيء ما لم يحضر الغائب ويقضي له على المكفول عنه؛ لأنه

---

(١) أخرجه أبو داود برقم: (٣٤٦٢).

التزم مالًا يقضى له به على فلان في المستقبل، فما لم يقضى له عليه به لا يجب ذلك على الكفيل.

ولو أقام المدعي بينةً أن له على فلان كذا درهم مثلًا عشرة أو مائة درهم، وهذا كفيل عنه بأمره قضى بالمال على الكفيل والمكفول عنه حتى لو حضر المكفول عنه لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه؛ لأنه لما أثبت الكفالة على الحاضر بأمر الغائب وقضى القاضي بذلك ثبت أمر الغائب بالكفالة عنه، وثبت إقراره بالدين، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

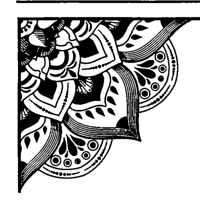
ولو أقام عليه البينة بالكفالة لا بأمر الغائب: ثبت الدين على الكفيل، ولا يثبت على الغائب شيء؛ لأنه لما لم يثبت الأمر من الغائب لا يتعدى القضاء إليه.

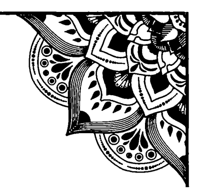
الكفيل صالح مع رب المال على خمسمائة عن الدين، والدين ألف: صح؛ لأن إضافة الصلح إلى الدين إضافة إلى ما على الأصيل فبرئ الأصيل عن الخمسمائة بالإسقاط فبرئ الكفيل أيضًا، وبرئا عن الخمسمائة الأخرى بالأداء ويرجع الكفيل على الأصيل بالخمسمائة.

ولو قال: الكفيل صالحني على خمسمائة: بريء الكفيل عن الكل، وبرئ الأصيل عن الخمسمائة بأداء الكفيل، وبقي على الأصيل خمسمائة، ثم الكفيل يرجع بما أدى على الأصيل إن كانت الكفالة بأمره.

رجل اشترى دارًا وكفل له رجل بالدرك فهو تسليم - يعني برئ عن الخصومة والدعوى - وكذلك لو كان شفيعًا بطلت شفعته.؛ لأنه لو صح دعواه، وأخذ الدار، يؤمر بالتسليم إلى المشتري بضمان الدرك، فلا تقبل الدعوى، ومسألة الختم قد مرت، والله تعالى أعلم بالصواب.







باب شركة المتفاوضين

متفاوضان افترقا: فلأصحاب الديون أن يأخذوا بديونهم أيهما شاؤا؛ لأن كل واحد من المتفاوضين بعقد الشركة يصير كفيلًا عن صاحبه بما يجب عليه من ضمان التجارات، وبقطع الشركة لا يخرج كل واحد عن الكفالة.

فإذا أدى أحدهما شيئًا لا يرجع على صاحبه بشيء حتى يؤدي أكثر من نصف الدين؛ لأن المال واجب على كل واحد نصفه بطريق الأصالة، ونصفه بطريق الكفالة على صاحبه، وما عليه بالأصالة أقوى مما عليه بالكفالة؛ لأن ما عليه بالأصالة دين حقيقة، وما عليه بالكفالة ثمرة الدين وهي حق المطالبة، والأصل فوق التبع فما يؤدي يقع عن الأقوى وهو الأصل، فإذا زاد المؤدي على النصف، فليس للزيادة على النصف معارضة الأصالة فيقع عن الكفالة، فيرجع بالزيادة على صاحبه.

وكذلك الرجلان اشتريا عبدًا بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فإذا أدى أحدهما شيئًا لم يرجع على صاحبه بشيء حتى يزيد المردي على النصف فحينئذٍ يرجع بالزيادة لما مر.

رجلان كفل كل واحد عن رجل بألف درهم، وكفل كل واحد عن صاحبه أيضًا، فإذا أدى أحدهما شيئًا يرجع بنصفه على صاحبه؛ لأنه ليس عليه بطريق الأصالة شيء بل كله كفالة عن الأصيل وعن صاحبه، فما أدى يقع نصفه عما كفل عن الأصيل، ونصفه عما كفل عن صاحبه، فيرجع بنصف ما أدى على صاحبه، وإن شاء رجع بجميع ما أدى على الأصيل؛ لأنه أدى دينه بأمره.

ولو أبرأ رب الدين أحد الكفيلين: أخذ الآخر بجميع الدين بحكم الكفالة عن الأصيل.

رجل كاتب عبدين له كتابة واحدة بألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه: فالقياس أن تَفْسُد الكتابة بهذا الشرط؛ لأنه أدخل فيها شرطًا باطلًا وهو الكفالة ببدل الكتابة؛ لكنا استحسنا وقلنا: تجوز الكتابة؛ لأنه يجعل كل واحد في حق صاحبه كأن المال عليه، والآخر تبع له في حق العتق، ومثله جائز؛ كالولد المولود في الكتابة يكون مكاتبًا تبعًا لأبيه جعل هكذا تصحيحًا للكتابة والضمان.

ويطالب المولى أيهما شاء بجميع الألف؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فكل شيء أداه أحدهما يرجع على صاحبه بنصف ما أدى تحقيقًا للتسوية بينهما.

فإن أعتق المولى أحدهما: برئ المعتق عن نصف بدل الكتابة وهو خمسمائة؛ لأن المولى جعل الألف مقابلًا برقبتهما، فكان بمقابلة كل واحد خمسمائة نظرًا إلى حقيقة المقابلة.

وإنما جعل على كل واحد منهما جميع الألف تصحيحًا للضمان.

فإذا أعتق أحدهما سقط حصته من بدل الكتابة وبقي خمسمائة.

فإن شاء المولى أخذ المعتق بجهة الكفالة عن صاحبه، وإن شاء أخذ الآخر بجهة الأصالة غير أنه إن أدى المعتق يرجع على صاحبه؛ لأنه أدى دينه بأمره.

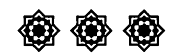
وإن أدَّى الآخر: لا يرجع على أحد؛ لأنه أدَّى دين نفسه.

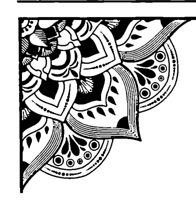
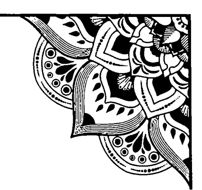
متفاوضان كفل أحدهما لرجل بمال: لزم على صاحبه.

وقال زفر رحمه الله: لا يلزمه؛ لأن هذا ليس بضمان التجارة فلا يلزم صاحبه كدين المهر.

ولنا: أن الكفالة ابتداؤها تبرع وفي حالة البقاء معاوضة؛ لأن الكفيل يؤدي المال إلى المكفول له ويأخذ عوضه من المكفول عنه.

والدليل عليه: أن المريض إذا أنشأ الكفالة في مرضه، ثم مات تعتبر من ثلث ماله؛ لأنه تبرع، ولو أقر بكفالة في صحته: تصح من جميع ماله؛ لأن الإقرار حصل في وقت بقاء الكفالة، وأنها معاوضة في حال البقاء فتصح من جميع المال، كذا ههنا في مسألتنا إنما يجب ضمان الكفالة على صاحبه في الزمان الثاني وهو زمان البقاء وفي زمان البقاء هو معاوضة، وضمان المعاوضة يجب على صاحبه، والله أعلم بالصواب.



باب كفالة العبد وعن العبد

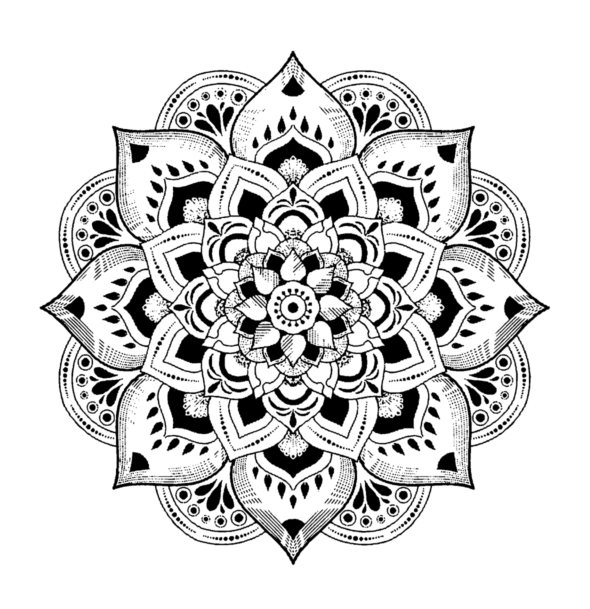
رجل ادعى على عبد مالًا، فكفل رجل بنفسه فمات العبد: برئ الكفيل؛ لأنه برئ الأصيل عن تسليم نفسه فبرئ الكفيل.

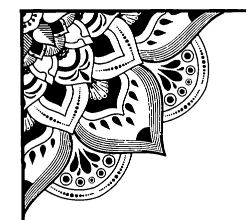
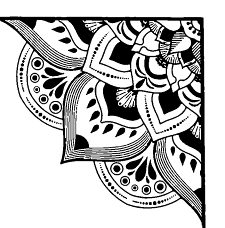
ولو ادعى رقبة العبد فضمن له رجل بالعبد فمات العبد، ثم أقام المدعي بينةً أن العبد كان ملكه: ضمن المدعى عليه قيمة العبد للمدعي فكذلك يضمن الكفيل.

عبد مأذون كفل عن مولاه بأمره، أو كفل المولى عنه بأمره، ثم عتق العبد وأدى ما كفل عن المولى، أو أدى المولى ما كفل عنه بعد عتقه، فعند زفر: يرجع كل واحد على الآخر؛ لأن المانع من الرجوع قد زال وهو الرق، والموجب للرجوع موجود وهو الكفالة بأمر المكفول عنه، فيرجع.

وعندنا: **لا يرجع كل واحد على صاحبه**؛ لأن هذه الكفالة وجدت غير موجبة للرجوع كالكفالة بغير أمر لما وقعت غير موجبة للرجوع فلا تصير موجبة للرجوع بإجازة المكفول عنه، والله تعالى أعلم بالصواب.

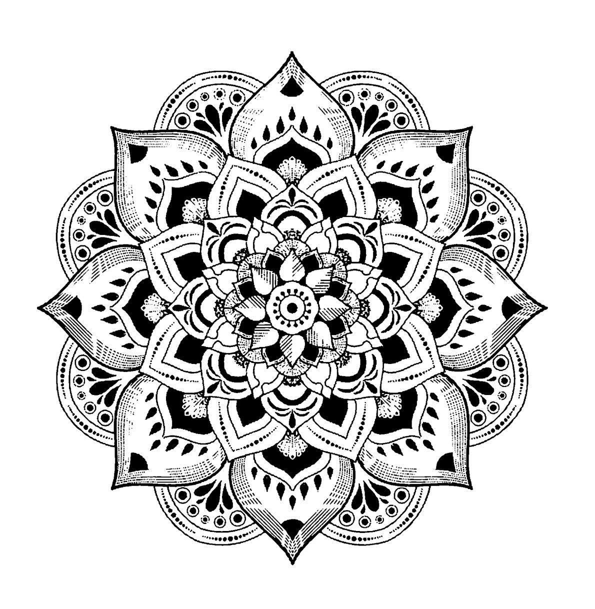


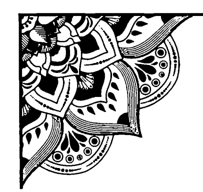


كتاب الحوالة






كتاب الحوالة(١)

رجل أحال رجلاً على رجل بألف درهم، فقبض المحتال له الألف من المحتال عليه، فقال المحيل للمحتال له: هو مالي ادفع به إلي فلم يكن لك علي شيء، فكتب وكيلي في قبض الألف من غريمي، وقال المحتال له: هو مالي فإنه كان لي عليك ألف درهم أحلتني بها على غريمك، فليس علي أن أرد عليك: فالقول قول المحيل، ويؤمر المحتال له برد الألف على المحيل؛ لأن ما قبض المحتال له من غريم المحيل كان مال المحيل، والحوالة كما تستعمل في نقل الدين والمطالبة تستعمل في الوكالة.

قال محمد في كتاب المضاربة: في المضارب إذا لم يكن في المضاربة ربح وصار مال المضاربة دينًا على الناس، فامتنع المضارب عن تقاضي الغرماء: أنه لا يجبر، ويقال له: أحل رب المال؛ أي: وكله، فلا يكون على الحوالة إقرارًا منه بالدين على نفسه.

فلو أراد المحتال عليه أن يرجع على المحيل بما أدى إلى المحتال له، فقال للمحيل: قضيت دينك بأمرك، ولم يكن لك علي شيء، فلي أن أرجع عليك، وقال المحيل: كان لي عليك ألف درهم أحلت طالبي عليك وأديتها من مالي، فلا رجوع لك

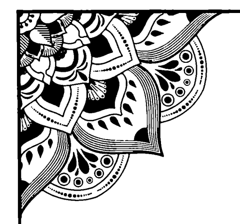
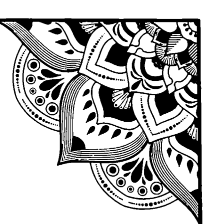
---

(١) **الحوالة في اللّغة**: هي النّقلة والتحول، من قولهم: تحول عن كذا إلى كذا، إذا انتقل ويقال: جاء أوان حوالة الباذنجان أي وقت نقله وتحويله من مكان إلى مكان.

وفي الشّرع: عبارة عن نقل الدّين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه؛ ولهذا قلنا: إذا صحت الحوالة برئ المحيل؛ لأنّ من المحال انتقال الدّين عن ذمته وبقاؤه فيها؛ لاستحالة الشيء الواحد في محلين في حالة واحدة.

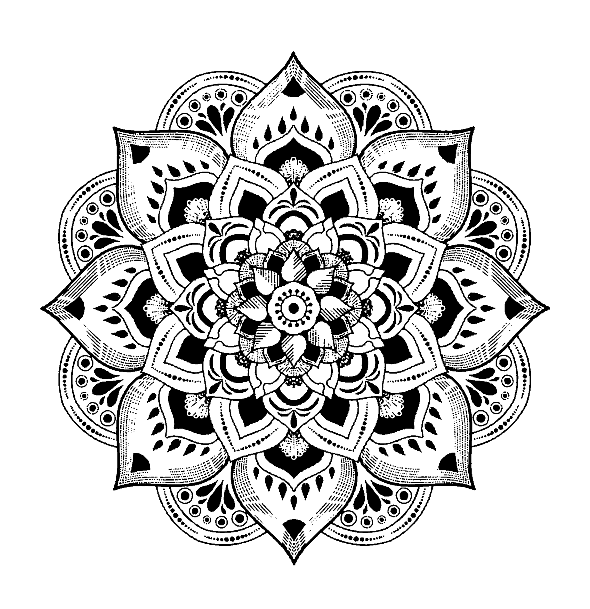
علي: فالقول قول المحتال عليه وله أن يرجع؛ لأن سبب الرجوع ثابت بيقين وهو قضاء دينه عنه بأمره فثبت حق الرجوع إلا إذا أثبت المحيل الدين على المحتال عليه وذلك معارض فكان الحجة عليه، والله أعلم.



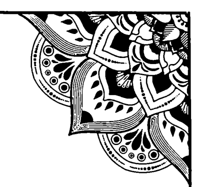



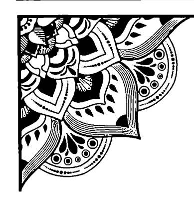
كتاب الضمان









كتاب الضمان

الوكيل بالبيع إذا باع وضمن الثمن للموكل، أو ضمن المضارب ثمن متاع باعه لرب المال: فضمانهما باطل؛ لأن حق قبض الثمن للوكيل وللمضارب، فلو صح ضمانه كان ضمانًا لنفسه عن نفسه، وقابضًا المال عن نفسه وأنه محال.

رجلان لهما على رجل ثمن عبد باعاه صفقة واحدة، فضمن أحدهما لصاحبه نصيبه عن المشتري: فهو باطل؛ لأن الدين في ذمة من عليه لا يقبل القسمة ما دام دينًا، فلا يتميز نصيب صاحبه ليكون ضامنا نصيبه؛ لأن القسمة إفراز الأنصباء وذلك يتصور في العين دون الدين في ذمة واحدة، فلو صح الضمان صار ضامنًا لنفسه وأنه باطل؛ ألا ترى أنه لو قبض شيئًا من المشتري كان هو شريكًا في ذلك قل أو كثر، فلو صح ضمانه كان مطالبًا نفسه قابضًا من نفسه وأنه لا يجوز.

عبد أقر على نفسه بمال يؤاخذ به بعد العتق، فإن أقر باستهلاك مال إنسان، أو أقر بوطء امرأة بنكاح بغير إذن المولى فكفل به إنسان: يطالب الكفيل به في الحال؛ لأن الدين حال على العبد لكن لم يطالب به لحق المولى، ولا مانع في حق الكفيل فيطالب في الحال.

رجل ضمن عن رجل خراجه ونوائبه وقسمته: صح الضمان.

أما الخراج؛ فلما مر أنه دين.

وأما النوائب: اختلف المشايخ في معناه:

قال بعضهم: أنه أجر حارس المحلة، وما يصيبه من كرى نهر العامة ونحوه، وأنه دين ويسمى نائبةً.

وقال بعضهم: وهو ما يحتاج إليه الإمام لتجهيز المقاتلين حين لا يكون في بيت المال شيء، أو يحتاج إلى فداء أسارى المسلمين فيوظف مالًا على الناس فيجوز ذلك، ويجب أداؤه على كل موسر نظرًا للمسلمين، فضمن إنسان قسمة صاحبه(١) من ذلك يجوز والقسمة هي النصيب، قال الله تعالى: ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ﴾ [القمر: ٢٨] أي نصيب.

فأما الجبايات التي يأخذها الظلمة في زماننا فضمن إنسان قسمة صاحبه من ذلك: لم يصح، ولو أدى لا يرجع عليه؛ لأنه ليس بدين عليه.

وبعض المتأخرين قالوا: إذا ضمنه وأداه بأمره يرجع عليه؛ لكنهـذا إذا أمره به لا عن إكراه، أما إذا كان مكرهًا في الأمر لا يعتبر أمره في الرجوع عليه،هـكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

رجل قال لآخر: لك علي مائة درهم إلى شهر، وقال المقر له: هي حالة: فالقول قول المقر له؛ لأن الثمن يجب بالعقد حالًا، وإنما يصير مؤجلًا بشرط الأجل، وذلك أمر عارض فمن ادعاه فعليه الحجة.

ولو قال: ضمنت لك عن فلان مائة درهم إلى أجل، وقال المقر له: هي حالة: فالقول قول المقر؛ لأنه ليس الأصل في الكفالة حلول الدين، فإن الأجل فيه ثبت من غير ذكر، فإن من ضمن دينًا مطلقًا وذلك الدين المؤجل على الأصيل يثبت مؤجلًا على الكفيل من غير ذكر الأجل، فكان نوعان، فإذا أقر بأحد نوعي الدين كان القول قوله.

---

(١) في هامش النسخة (ب) أي نصيبه.

رجل اشترى جارية، فكفل له رجل بالدرك، فاستحقت الجارية: لـم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضي به على البائع؛ لأن بدل المستحق مملوك البائع، والبيع لا ينتقض بمجرد الاستحقاق، فما لم يقض القاضي على البائع برد الثمن لا يجب عليه، ولا ينتقض البيع فلا يحل ذلك على الكفيل.

ولو ضمن له إنسان بالعهدة: فهو باطل.

واختلف المشايخ رحمهم الله في تفسير العهدة:

قال بعضهم: هو تسليم المبيع وهو مسلم إلى المشتري فالضمان يكون باطلًا حتى لو لم يكن مسلمًا: يصح ضمان العهدة على قول هؤلاء.

وقال بعضهم: العهدة الصك للبائع الأول، وأنه ملكه فلا يلزمه تسليمه إلى المشترى فضمانه يكون باطلًا.

وأما الخلاص، فعندهما: هو بمنزلة ضمان الدرك وهو تسليم المبيع على البائع إن قدر عليه، أو على تسليم الثمن إن عجز عن تسليم المبيع، وأنه صحيح.

وعند أبي حنيفة رحمه الله هو باطل؛ لأن عنده تفسير الخلاص أن يضمن تخليص المبيع عن الاستحقاق وهذا باطل؛ لأنه التزم ما ليس في وسعه إيفاؤه.

رجل كسر لمسلم بربطًا، أو طبلًا، أو دفًا، أو مزمارًا، أو إهراق سكرًا: ضمن وبيع هذه الأشياء: جائز عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن هذه الأشياء تصلح لنفع حلال كما تصلح للملاهي فلا تسقط ماليتها وتقومها؛ لكن يضمن قيمته متجردًا غير مؤلف للتلهي؛ لأن الصفة التي تصلح للمعصية لا قيمة لها بالاتفاق، كذا ذكر في المنتقى[1].

---

(١) المنتقى في فروع الحنفية (مخطوط) للحاكم الشهيد أبي الفضل محمد بن محمد بن أحمد الحنفي المقتول شهيداً سنة (٣٣٤هـ) وفيه نوادر من المذهب ولا يوجد المنتقى في هذه الأعصار =

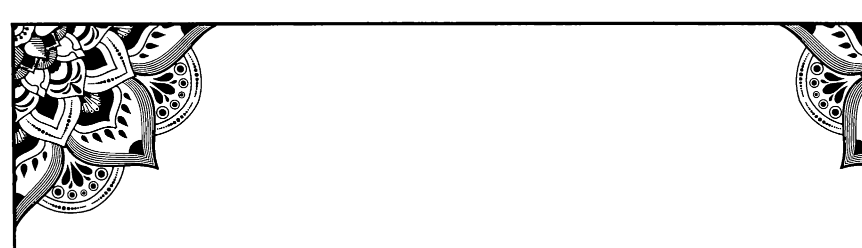
وصار كجارية مغنية وحمامة طيارة: ضمن قيمتها غير مغنية كذا ههنا.

وعندهما: لا يضمن شيئًا ولا يجوز بيعها؛ لأنه آلة المعصية.

ولو كان طبل الحاج أو طبل الصيد أو دفًا تلعب به الصبية في البيت: يضمن بالاتفاق، والله تعالى أعلم بالصواب.



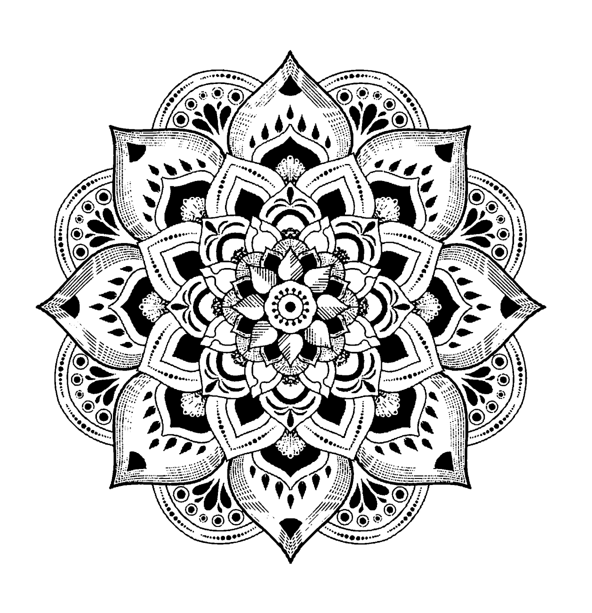
= كذا قال بعض العلماء وقال الحاكم نظرت في ثلاثمائة جزء مؤلف مثل الأمالي والنوادر حتى انتقيت كتاب المنتقى. كشف الظنون: (٢/ ١٨٥١).



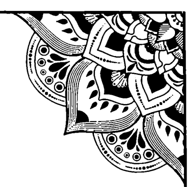
كتاب القضاء

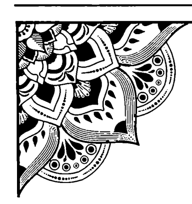












كتاب القضاء

رجل أودع [رجلًا][١] دراهم معدودة فخلطها بدارهم نفسه، أو كانت حنطة فخلطها بحنطة نفسه، أو كان جوزًا فخلطه بجوز نفسه، أو كان خلًا فخلطه بخل نفسه، أو كان دهنًا فخلطه بدهن نفسه من جنسه كدهن الجواز بدهن الجواز، ودهن اللوز بدهن اللوز ففي هذا كله ينقطع حق المودع عن المخلوط ويضمن له الخالط مثل المخلوط؛ لأنه بالخلط استهلكه فضمن مثله.

وقالا: المودع بالخيار: إن شاء ضمنه مثله باعتبار جهة الاستهلاك، وإن شاء يكون شريكًا معه في المخلوط بقدر حصته.

باعتبار أن التمييز ممكن حكمًا بالقسمة؛ لأن القسمة فيما يكال أو يوزن إفراز حكمًا فخير لهذا.

وأبو حنيفة رحمه الله: يجيب عن هذا، وقول: القسمة حكم الشركة فلا تصلح علة لوجود الشركة.

وأجمعوا أنه إذا خلط الخل بالدهن أو خلط الدهن بالدهن من نوع آخر ينقطع حق المالك إلى ضمان مثله؛ لتعذر التمييز حقيقة وحكمًا بالقسمة؛ لاختلاف الجنس.

وإن خلط الحنطة بالشعير أو الشعير بالحنطة: ينقطع حق المالك إلى ضمان مثله؛ لتعذر التمييز؛ لأن الحنطة لا تخلوا عن حبات شعير، وكذلك الشعير لا يخلوا عن حبات الحنطة.

---

(١) في النسخة (ب) عند رجل.

وإن كان خلط الدراهم بالدراهم بطريق الإذابة، فعند أبي حنيفة: الجواب لا يختلف، وعند أبي يوسف: أنه يجعل الأقل تابعًا للأكثر، ويصير المخلوط كله لصاحب الأكثر ويضمن صاحب الأكثر لصاحب الأقل مثل حقه، وعند محمد رحمه الله: شاركه إن شاء؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده.

أصله: مسألة الرضاع إذا اختلط لبن امرأتين وأُرضع به رضيع، فعند أبي يوسف: يثبت الرضاع من صاحب الأكثر لا من صاحب الأقل، وعند محمد رحمه الله: يثبت الرضاع منهما.

رجل في يده صغير لا يعبر عن نفسه، فقال صاحب اليد: إنهـذا عبدي، ثم كبر الصغير، فقال: أنا حر: فهو عبد، ولا يقبل قوله إلا بحجة؛ لأنه حين كان لا يعبر عن نفسه لم يكن في يد نفسه فشابه البهيمة، وثبت الرق عليه بقول صاحب اليد، ويثبت ملكه باليد والرق متى ثبت لا يزول إلا بحجة كاملة.

وإن كان يعبر عن نفسه، فقال: أنا حر: فالقول قوله؛ لأن قوله معتبر، ولم يكن كالبهيمة، والأصل هو الحرية فإذا أنكر الرق على نفسه: كان القول قوله.

ولو قال: أنا عبد فلان آخر: فهو عبد للذي في يده.؛ لأنه أقر بالرق، ويريد بهذا إبطال يد صاحب اليد وإبطال ملكه فلا يقبل قوله.

حائـط لرجل عليه جذوع أو بناء، ولآخر علي هرادي[1] فتنازعا فيه: فـهو لصاحب الجذوع، والبناء والهرادي ليس بشيء؛ لأن صاحب الجذوع مستعمل الحائط لما وضع له الحائط، فإن الحائط يبنى لوضع الجذوع، والبناء عليه لا لوضع الهرادي، فكان صاحب الهرادي صاحب تعلق، فكان صاحب الاستعمال أولى، وصار كدابة

---

(١) **الْهُرْدِيَّةُ**: عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم ترسل عليها قضبان الكرم قال ابن السكيتهـو الحردي ولا تقلهـردي. المغرب في ترتيب المعرب: (ص٥٠٢).

تنازع فيها رجلان لأحدهما عليه حمل، وللآخر كوز معلق أو مِخلاة معلقة فصاحب الحمل أولى.

وكذلك إذا كان لأحدهما اتصال بالحائط المتنازع: فهو أولى؛ لأن الاتصال أن يكون أُجُرَات طرف حائطة متداخلًا في أُجُرَات الحائط المتنازع فهذا يدل على أن الكل واحد.

ولو كان لأحدهما اتصال، وللآخر جذوع: فهو لصاحب الاتصال، ولا يؤمر صاحب الجذوع برفعه وصاحب الهرادي يؤمر برفعها.

وقوله: الهرادي ليس بشيء دليل على أنه لو كان لأحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء فالحائط يكون بينهما؛ لأن الهرادي وجوده وعدمه سواء في حق صيرورة صاحبه صاحب يد.

نهر لرجل إلى جانبه مسناة[1]**، وأرض لرجل خلف الْمُسَنَّاة تلزقها ليس بينهما شيء وليست الْمُسَنَّاة في يد أحدهما** ـ يريد به أنه ليس لصاحب الأرض غرس عليها ولا لصاحب النهر تراب ملقي عليها حتى يصير مستعملًا للمسناة فيترجح ـ **فتنازعا في الْمُسَنَّاة فعند أبي حنيفة رحمه الله الْمُسَنَّاة لصاحب الأرض يغرس فيها وليس له أن يحفرها فينهدم شط النهر فيسيل ماء النهر**؛ لأنه يشبه الأرض في صلاحية الزرع والغرس فكان الظاهر شاهدًا له.

وقال أبو يوسف ومحمد: لصاحب النهر حريم لما يلقى من طينه؛ لأن النهر لا ينتفع بدون الحريم، وهذا بناء على أن من أحيا نهرًا في أرض موات هل يستحق له حريمها؟

عنده: لا يستحق.

وعندهما: يستحق، والصحيح: أنه يستحق بِالْإِجْمَاعِ؛ لأن النهر لا يستغني عن

(١) **المسناة**: السد الذي يرد ماء النهر من جانبه. المطلع على ألفاظ المقنع: (ص٤٩٤).

الحريم استدلالًا بحريم البئر.

واختلفوا في مقداره؟

قال بعضهم: مقدار بطن النهر من الجانبين، من كل جانب نصفه.

وقال بعضهم: مقدار بطن النهر من كل جانب، فإن كانت الْمُسَنَّاة مشغولة بملك أحدهما بأن كان لصاحب الأرض غرس عليها، ويعلم أنه غرسها فهو له.

وإن كان لصاحب النهر طين ملقى عليها فهي له؛ لأن الاستعمال دليل الملك.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله: هـل لصاحب النهر أن يلقي الطين عليها؟

قال بعضهم: لا بل ينقل، والصحيح أنه له حق إلقاء الطين.

وثمرة الخلاف: أنه إذا كان عليها غرس لا يدري من غرسه:

فعنده: هو لصاحب الأرض.

وعندهما: هو لصاحب النهر.

وإن لم يكن عليها غرس:

فعنده: صاحب الأرض أحق بالغرس.

وعندهما: صاحب النهر أحق بالغرس.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله: إن كانت الْمُسَنَّاة لصاحب الأرض؛ لكن ليس له أن يحفرها ليسيل الماء عن النهر؛ لأن فيه إبطال حق صاحب النهر ولصاحب النهر أن يمشي على الْمُسَنَّاة ليسيل الماء، وكذلك لو كان له نهر في كرم رجل آخر له أن يمشي على حافة النهر في الكرم ليسيل الماء هو الصحيح.

دار تنازع فيها اثنان ـ يريد عرصة الدار وحواليها بيوت ـ **واحد منها لرجل، وعشرة**

بيوت لآخر فتنازعا في الساحة: فهي بينهما نصفان؛ لأن كل واحد منهما مستعمل الساحة بالمرور، فإن لكل واحد منهما المرور في جميع الساحة فتكون بينهما.

أرض يدعيها رجلان كل واحد يدعي أنها في يده: فالقاضي لا يقضي باليد حتى تقيما البينة أنها في أيديهما؛ لأن القاضي لا يقضي لأحد بمجرد دعواه؛ لاحتمال أن الدار في يد غيرهما فإذا أقاما البينة يقضى باليد لهما؛ لأن البينة حجة مطلقًا فتكون كالثابت معاينة، وإن أقام أحدهما البينة يقضي باليد له فصار هو صاحب يد والآخر خارجًا.

وكذلك لو كان لَـبَّنَ أحدهما فيها لَبِنًا، أو حفر حفيرة، أو بنى بناءً، أو غرس غرسًا، أو كان الأرض مشغولًا بألبانه: يقضى باليد له؛ لأن الاستعمال دليل اليد.

ولو أقاما البينة على اليد، يقضى باليد لهما، ولا يقضى بالملك لهما، ولا يقسم بينهما أيضًا إذا طلبا القسمة ما لم يقيما البينة على الملك، قالوا: هذا عند أبي حنيفة رحمه الله، أما عندهما: فيقسم بينهما من غير بينة على الملك.

وأصل هذه المسألة ما ذكر في كتاب القسمة في رجلين زعما كون العقار ميراثًا لهما من أبيهما، فإن اقتسما فيما بينهما، فالقاضي لا يمنعهما من ذلك، أما إذا طلبا من القاضي القسمة لا يجيبهما حتى يقيما البينة على الميراث عند أبي حنيفة؛ لأن فيه قضاء بموت المورث، وانقطاع الملك إليهما؛ لأنهما أقرا بالملك لأبيهما بعد موته؛ لأن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت فهما بطلب القسمة يريدان إخراجها عن ملك الميت إليهما، فلا يجوز للقاضي أن يفعل ذلك بغير حجة.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يقسم بينهما من غير أن يقيما بينة على ذلك لكن يشهد على أنه إنما قسم ذلك بإقرارهما صيانة لحاله.

وإن زعما أن العقار ملكهما بالشراء فالقاضي يقسمه بينهما إذا طلبا القسمة من غير بينة بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنهما لم يطلبا من القاضي إبطال ملك أحد؛ لأن بعد الشراء لا يبقى

ملك البائع، بخلاف ما بعد الموت؛ لأنه يبقى على ملك الميت على ما مر، وهذه النكتة إشارة إلى مسألة الكتاب أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا طلبا القسمة فالقاضي لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك، ولو بينا سبب الملك كان أحوط.

وكذلك إذا زعما أن العقار ملكهما مطلقًا فالقاضي لا يقسم ما لم يقيما البينة؛ لأن بمحرد دعواهما لا يثبت ملكه لهما، ولعل في يديهما بغصب، فلو حضر المغصوب منه بعد حين فيقيما البينة عليه عند قاضي آخر أن القاضي الأول قسم بينهما فاحتجا عليه بقسمة القاضي فوجب الاحتياط.

وأما في العروض يجوز للقاضي أن يقسم بينهما من غير بينة على الملك بِالْإِجْمَاعِ؛ لأن قسمة المنقول تكون للحفظ وذلك جائز؛ ألا ترى أن للمودعين أن يقسما العروض للحفظ، أما العقار لا حاجة فيها إلى الحفظ، فكانت القسمة قسمة ملك فلا بد من إقامة البينة على ملك.

ثوب تنازع فيه اثنان في يد أحدهما طرف منه، وفي يد الآخر الباقي: فهو بينهما نصفان، وإن كان في يد أحدهما أكثر؛ لأن الزيادة من جنس الحجة لا توجب زيادة استحقاق كزيادة الشهود لأحد المدعيين.

علو لرجل، وسفل لآخر: فليس لصاحب السفل أن يَتِدَ وَتَدًا، ولا أن ينقب كُوَّةً إلا بأمر صاحب العلو عند أبي حنيفة رحمه الله ـ يريد به في الجدار أو السقف ـ لأن لصاحب العلو حقًا في السفل من حيث أن علوه عليه، ولا يجوز التصرف في حق الغير إلا برضاه؛ ألا ترى أنه لا يملك هدم كل الجدار والسقف، فكذا بعضه؛ وهذا لأن نقب الْكُوَّة لا يخلوا عن توهين الحائط في الحال، أو في الثاني.

وعندهما: يصنع فيه ما لا يضر بالعلو؛ لأنه ملكه، والأصل إطلاق التصرف في ملكه، والمنع يكون بعارض الضرر.

وقال بعضهم: لا خلاف فيما إذا كان لا يضر بالعلو، فإن له أن يصنع مالا يضر بالعلو بالاتفاق، وإنما الخلاف حالة الإشكال أنه هل يضر أو لا يضر؟

فعند أبي حنيفة رحمه الله: ليس له ذلك إلا برضا صاحب العلو.

وعندهما رحمهما الله: له ذلك.

زَائِغَةٌ مستطيلة[1] تَنْشَعِبُ منها زَائِغَةٌ مستطيلة وهي غير نافذة يريد به سكة طويلة أو دقيقة طويلة في أسفلها من جانب اليمين أو اليسار دقيقة أخرى طويلة غير نافذة: فليس لأحد من أهل الزائغة الأولى أن يفتح بابًا على جدار له في الزائغة المنشعبة منها؛ لأنه لا حق له في الزائغة القصوى بدليل أنه لو بيع دار في الزائغة القصوى: لم يكن لأهل الزائغة الأولى الشفعة.

فهو يفتح الباب، ونصب الباب عليه يريد أن يجعل لنفسه حقًا في الطريق وربما يتقادم العهد فيدعي لنفسه شركة في الطريق باعتبار الباب المنصوب فيها حتى لو فتح بابًا للريح أو للضوء لا يمنع من ذلك.

وحكي عن مشايخنا: إذا كانت زائغة واحدة طويلة، ورجل باب منزله في أول الزائغة فأراد أن يفتح بابًا أسفل الزائغة على حائط له: ليس له ذلك، فههنا أولى.

وإن كانت زائغة واحدة لكنها مستديرة قد لَزِقَ طرفاها وحول ساحةهـذه الزائغة بيوت: فلكل واحد من أهلها أن يفتح بابًا على حائطه في أي موضع شاء؛ لأن لكل واحد حق المرور في كل ساحة هذه الزائغة لكونها مشتركة بينهم.

عبد في يدي رجل فادعى رجلان كل واحد أنه عبده فأقام أحدهما بينة على

---

(١) زَائِغَة مُسْتَطِيلَة: سكة طويلة غير نافذة تنشعب عن يمينها أو يسارها مثلها. العناية شرح الهداية: (٧/ ٣٢٣).

الغصب والآخر بالوديعة فهو بينهما نصفان؛ لاستوائهما في الحجة؛ لأن كل بينة تشهد بأن العبد للمدعي.

رجل ادعى في دارٍ دعوى، وأنكر الـذي في يده، فصالحه على مال: صـح الصلح عندنا؛ خلافًا للشافعي رحمه الله.

لنـا: أن الله سـبحانه وتعالـى وصف جنس الصلـح بالخيرية بقـوله عز وجل ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النسـاء: ١٢٨] وأدنـى درجـات الخير الجـواز؛ لأن الفاسـد والباطل لا يكـون خيرًا.

رجل ادعى دارًا في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا وسلمها إليه فسئل البينة، فقال: جحدني الهبة فاشتريتها منه، وأقام البينة على الشراء بتاريخ سابق على الهبة: لم تقبل بينته؛ لأنه متناقض.

ولو قال: اشتريتها منه بتاريخ بعد تاريخ الهبة وأقام البينة على ذلك: تقبل؛ لأنه أمكن التوفيق بأن يقول: وهبها مني لكن جحدني الهبة فاشتريتها منه.

رجل في يده دار ادعى رجل أنه اشـتراها من فلان، وقال ذو اليـد: فلان ذلك أودعنيها: فلا خصومة بينهما؛ لأنهما تصادقا أن الدار وصلت إليه من جهة فلان بحق أو بغير حق، فلا يكون هو خصمًا.

إلا إذا قال المدعي: اشتريتها من فلان وأمرني بقبضها منك فحينئذٍ لا يدفع عنه الخصومة؛ لأن المدعي أقام نفسه مقام البائع وخصومة المودع لا تندفع عن المودع، فكذا من قام مقامه.

رجل في يده جارية، فقال لآخر: اشتريت مني هذه الجارية، ولم تنقد الثمن، فجحد الآخر الشراء، فإن عزم البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها؛ لأن جحود

المشتري جعل فسخًا في جانبه؛ ألا ترى أنهما لو تجاحدا يكون ذلك فسخًا في حقهما، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة، وأمسك الجارية كان ذلك دلالة الفسخ في جانبه فتم الفسخ بينهما؛ ألا ترى أن من قال لآخر: أجرتكهـذه الدابة بكذا، أو بعتك هذا الثوب بكذا فأخذ الدابة أو الثوب وذهب به كان ذلك قبولًا منه، كذا هاهنا.

رجل له على آخر عشرة دراهم جياد، فقال: قبضت منك عشرة دراهم، أو قال اقتضيت، ثم قال: إنها زيوف أو نبهرجة: يصدق؛ لأن القبض كما يرد على الجياد يرد على الزيوف، فإذا قال: إنها زيوف فقد أنكر حقه، فيكون القول قوله.

ولو قال: إنها ستوقة[1]**: لم يصدق**؛ لأن الدراهم لا تتناول الستوقة.

ولو أقر باقتضاء حقه، أو بالاستيفاء، أو بقبض حقه، ثم ادعى أنها زيوف: لا يصدق؛ لأن الاستيفاء يستعمل في قبض الحق، وحقه جياد، وقد أقر بقبضه، فإذا ادعى أنها زيوف، فقد رجع عما أقر: فلا يصدق.

رجل أقر لآخر بعشرة دراهم، فقال المقر له: ليس لي عليك شيء، ثم قال: بلي لي عليك عشرة: فلا شيء له عليه؛ لأنه لما كذبه أولًا بطل إقرار المقر فلا يأخذه بذلك الإقرار.

رجل ادعى على آخر ألف درهم، فأنكر المدعى عليه، وقال: ما كان لك عليَّ شيء قط، أو قال: ليس لك عليَّ شيء، فأقام المدعي البينة على المال المدعى به، وأقام المدعى عليه بينة على القضاء أو الإبراء: قبلت بينته؛ لأن التوفيق ممكن، فإنه لم يكن له عليه شيء قضاه ما ادعى عليه لدفع الخصومة والشغب، وهذا يسمى قضاء، فقال: قضيته ما كان يدعي، وإن لم يكن له علي شيء.

أو يجوز أنه صالحه على مال مع إنكاره وقضاه ذلك المال وهذا إشارة إلى التوفيق.

---

(١) **الستوقة**: ما غلب عليه غشه من الدراهم. التعريفات للجرجاني: (ص١١٧).

أو يجوز أنه صالحه على مال مع إنكاره وقضاه ذلك المال، وهذا إشارة إلى أن التوفيق متى كان ممكنًا تسمع دعواه، ولا يطلب منه وجه التوفيق بأن يقول: قضيته لدفع خصومته، مع أنه لم يكن له علي شيء.

وقال بعضهم: ينبغي أن يبين وجه التوفيق بين الكلامين حتى تسمع دعواه القضاء.

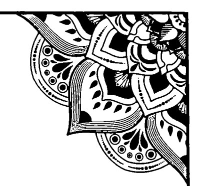
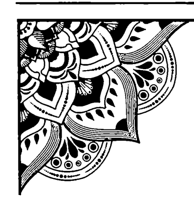
ولو قال حين أنكر: ما كان لك عليَّ شيء قط، فلا أعرفك، ثم ادعى القضاء: لم يقبل بينته؛ لأن التوفيق غير ممكن؛ لأنه يبعد أن ذلك يدعي عليه مالًا وأنه يقضيه مالًا ولا يعرفه بوجهه.

وذكر في النوادر: أنه تقبل بينته على القضاء؛ لإمكان التوفيق بأن كان المدعى عليه امرأة محتجبة، أو كان المدعي يأتي باب داره ويؤديه بالشغب، فيأمر إنسانًا يقضيه ما يدعي دفعًا لشغبه عن باب داره فيوجد القضاء ولا يعرفه فكان التوفيق ممكنًا من هذا الوجه.

ولو ادعى على رجل أنه باع منه هذه الجارية، وأنكر مولى الجارية بيعها، فأقام المدعي بينةً على الشراء وقبض الجارية، ثم وجد بها أصبعًا زائدة وأراد ردها فادعى البائع أنه يبرأ من كل عيب لم تسمع دعواه؛ لعدم إمكان التوفيق؛ لأن التبرئ عن العيب يكون بعد البيع، وقد أنكر البيع أولًا فكان متناقضًا.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه تقبل بينته على البراءة عن العيب. والله تعالى أحكم



باب القضاء في الأيمان

لا يمين في حدٍ إلا أن السارق يستحلف، فإن نكل: ضمن المال ولا يقطع؛ لأن النكول حجة مع الشبهة، والحد لا يجب مع الشبهة.

قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجري الاستحلاف في أشياء سبعة: النكاح، والرجعة بعد انقضاء العدة، والفيء بعد انقضاء مدة الإيلاء، والرق، والولاء، والنسب، والاستيلاد.

وقالا: يجري الاستحلاف في ستة من الجانبين، وفي الاستيلاد يجري الحلف من جانب المولى، بأن يدعي الأمة، وينكر المولى، أما إذا ادعى المولى ذلك صارت أم ولد له بدعواه.

وأجمعوا أنه لا يجري الاستحلاف في اللعان بأن تدعي المرأة القذف على الزوج؛ لأن اللعان قائم مقام حد القذف في جانب الزوج والنكول ليس بحجة في الحد.

والخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه بناء على أن الاستحلاف يجري لأجل النكول، والنكول عند أبي حنيفة رحمه الله بذل وإباحة، والبذل والإباحة لا يتصور في هذه الأشياء الستة.

وعندهما: النكول بمنزلة الإقرار، والإقرار يصح في الكل، وهذه الأشياء الستة تثبت مع الشبهة بدليل أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين، وبالشهادة على الشهادة فكذلك تثبت بالنكول، بخلاف الحدود.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أنا لو جعلنا النكول إقرارًا يلزمنا بكذب المدعى

عليه، ولو جعلناه بذلًا يلزمنا تكذيبه، فجعلناه بذلًا، والبذل يجري في الأموال لا في الأشياء السبعة.

المرأة إذا ادعت على الزوج الطلاق قبل الدخول: جاز استحلافه؛ لأنها في الحقيقة تدعي عليه نصف المهر، فكان الاستحلاف في دعوى الأموال.

ولو ادعى رجل القصاص في الأطراف فاستحلف فنكل: أقتص منه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الطرف له حكم الأموال، ويجري فيه البذل؛ ألا ترى أنه لو وقع في يده أكله ـ نعوذ بفضل الله عز وجل ـ فأذن إنسان بقطعه: يباح قطعه.

ولو نكل عن دعوى النفس لا يقضى بالقصاص والدية عنده؛ لأن البذل لا يجري في النفس ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف تعظيمًا لأمر الدم.

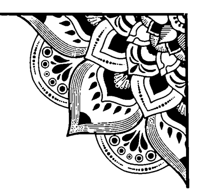
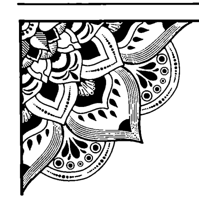
وعندهما رحمهما الله: يقضى بالدية في الكل ولا يقضى بالقصاص؛ لأن النكول دليل فيه شبهة فيكون حجة في حق المال دون القصاص.

رجل ورث عبدًا فادعاه رجل فأراد أن يحلف الوارث فإنه يحلف على العلم؛ لأنه لا علم له بما صنع الوارث.

ولو وهب له أو اشتراه: يحلف على البتات؛ لأنه ملكه بسبب موضوع له شرعًا وذلك يطلق له اليمين بأنه ملكه.

رجل ادعى على آخر مالًا فافتدى يمينه، أو صالحه على مال: فهو جائز، وليس له أن يدعي عليه بعد ذلك ولا أن يستحلفه أبدًا؛ لأنه أبطل حقه بالصلح.



باب القضاء في الشهادات

رجل في يديه شيء يتصرف فيه وسعك أن تشهد أنه ملكه إلا العبد والأمة؛ لأن اليد بلا منازع دليل الملك ظاهرًا.

ولكن لا يقول عند الشهادة: أشهد أنه ملكه لأني رأيته في يده؛ لأن الظاهر يكفي لأداء الشهادة أما لا يكفي للقضاء.

وأما العبد والأمة إن كان معروفين بالرق فكذلك؛ لأنه لا يد لهما على أنفسهما، وإن لم يكونا معروفين بالرق فهما في أيدي أنفسهما، ويكون انتفاع صاحب اليد بهما باختيارهما؛ كالحر يخدم غيره بأجر أو بغير أجر فلا يشهد عليهما بالرق باعتبار كونهما في يده.

الوارثان، أو الموصى لهما، أو رجلان لهما على الميت دين، أو غريمان عليهما للميت دين شهدا أن الميت جعل هذا الرجل وصيًا فإن ادعى الوصي ذلك والموت معروف تقبل شهادةهـؤلاء استحسانًا، والقياس أن لا تقبل؛ لأنه شهادته لنفسه من وجه.

ووجه الاستحسان: أن الموت إذا كان معروفًا، والوصي يدعي ذلك، فالقاضي يملك نصبه وصيًا فلم تكن وصايته مضافة إلى شهادة الشهود، وإنما أسقطوا عن القاضي مؤنة التعيين

وإن لم يكن الموت معروفًا، أو لا يدعي الوصي ذلك: لم تقبل.

فلا يملك القاضي نصبه وصيًا فكان ثبوت الوصاية مضافًا إلى شهادتهم وقد

بطلت الشهادة؛ لكونها شهادة لنفسه من وجه.

إلا في غريمين عليهما للميت دين؛ لأن هذا اعتراف على أنفسهما بموت المورث، وثبوت حق القبض والمطالبة عليه للوصي.

ولو شهد رجلان أن أباهما وكل فلانًا بقبض ماله من الدين بالكوفة: لم تقبل وإن ادعى الوكيل ذلك؛ لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل على حق الغائب فيكون ثبوت وكالته مضافًا إلى شهادتهما، وامتنع ذلك بسبب التهمة.

المدعى عليه إذا أقام البينة أن المدعي استأجر الشهود: لا يقبل؛ لأن الشهادة تترتب على دعوى صحيحة، ولم تصح الدعوى، ولأن الشهادة إنما تقبل فيما يدخل تحت الحكم، وهذا لا يدخل تحت الحكم، وصار كما لو شهد الشهود على فسق إنسان لم يقبل كذا هذا إلا إذا ادعى حقًا عليهم بأن ادعى أني دفعت إليهم كذا من المال حتى لا يشهدوا على بهذا الباطل، فإذا شهدوا فعليهم أن يردوا على ما أخذوا فحينئذٍ تقبل فيأمرهم القاضي برد ما أخذوه أو تبطل شهادتهم في ضمن ذلك.

ولو قال: قبلت لهم كذا من المال؛ لكن لم أسلم إليهم: لم تقبل بينته على جرحهم.

وذكر الخصاف[1]: أن الشهادة على الجرح المجرد تقبل.

وتأويله: إذا كان الذي يشهد يصلح مزكيًا، أو شهدوا على إقرار المدعي بذلك.

شهادة العامل جائزة ـ يريد به عامل الصدقات ـ؛ لأنه محق في هذا العمل.

---

(١) هو: الشيخ الإمام أبو بكر أحمد بن عمرو وقيل: عمر بن مهير الخصاف الشيباني الحنفي.
روى عن: أبيه وحدث عن أبي عاصم النبيل وأبي داود الطيالسي ومسدد وعلي بن المديني والفضل بن دكين وخلق، وصنف له كتاباً في الخراج وله المناسك و«كتاب الحيل» و«كتاب الوصايا» و«الشروط» الكبير والصغير وكتاب «الرضاع» وكتاب «المحاضر والسجلات» و«أدب القاضي» توفي ببغداد سنة إحدى وستين ومائتين. تاج التراجم لابن قطلوبغا: (ص٩٧).

أما العامل في أخذ الجبايات: لا تقبل شهادته بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنه ظالم متعدٍ.

رجل شهد عند القاضي فلم يبرح عن مجلس القاضي، حتى قال: أوهمت بعض شهادتي، أو زدت فيها، أو نقصت عنها بنسيان أو خطأ، فإن علم القاضي أنه عدل يقبل قوله؛ لأنه عذر ظاهر وهو مهابة مجلس القضاء.

وإن خرج عن مجلس القضاء: لم يقبل قوله؛ لأنه يتوهم التلبيس من جهة المدعي.

رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم، وقال أحدهما: أنه قضاه: تقبل شهادتهما على القرض؛ لأنهما اتفقا على القرض، فثبت القرض، وتفرد أحدهما بالشهادة على قضاء المستقرض القرض، فلم ثبت القضاء، أكثر ما في الباب أن المدعي كذب الذي شهد بالقضاء في شهادته بالقضاء لكن تكذيبه إياه فيما شهد عليه لا يمنع قبول الشهادة له فيما له.

شاهدان شهد أحدهما لرجل بألف وخمسمائة، والآخر شهد بألف، والمدعي يقول: لم يكن لي عليه إلا ألف فشهادة الذي شهد بألف وخمسمائة باطلة؛ لأنه كذبه في بعض ما شهد له.

إلا إذا قال المدعي: كان لي عليه ألف وخمسمائة؛ لكن قضى خمسمائة، وبقي عليه ألف: حينئذٍ تقبل؛ لأنه ما كذبه في شيء.

ولو كان يدعي ألفًا وخمسمائة: تقبل شهادتهما على الألف؛ لأن الكل متفقون عليه؛ لكن تفرد أحد الشاهدين بخمسمائة ولم يثبت ذلك لتفرده.

الشاهد إذا أقر أنه شهد بزور، فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يضرب؛ لأن عمر رضي الله عنه ضرب شاهدي الزور.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يضرب؛ لأن شريحًا كان يشهر ولا يضرب.

والتشهير: أن يطاف به في البلد، وينادي عليه في كل محله أن هذا شهد بالزور فلا تُشهدوه.

ولأنه لو ضرب كان خوف الضرب مانعًا له عن الرجوع عن الشهادة الباطلة.

شاهدان شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها، فقال أحدهما: كانت بيضاء، وقال الآخر: كانت سوداء: لم يجب القطع في قولهما؛ لأنه اختلف المشهود به فلا تقبل، كما لو قال أحدهما: كان ذكرًا، وقال الآخر: كان أنثى: لم يقبل بِالْإِجْمَاعِ.

وكذلك إذا اختلفا في اللون في باب الغصب: لم تقبل بِالْإِجْمَاعِ، كذا هنا.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: تقبل شهادتهما، ويجب القطع؛ لأن تحمل الشهادة بالسرقة غالبًا يكون بالليل من بعيد، فيجوز اجتماع اللونين في بقرة واحدة، فيكون أحد جانبيها أبيض، ووقع بصر أحدهما من ذلك الجانب، والجانب الآخر يكون أسود، ووقع بصر الشاهد الآخر على البقرة من ذلك الجانب الآخر، ولا كذلك الذكورة والأنوثة؛ لأنهما لا يجتمعان في حيوان واحد، ولا كذلك الغصب؛ لأنه يكون نهارًا جهارًا فلا يشتبه على الرأس جانباه ظاهرًا بل قطعًا.

ولا تجوز الشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال، وكتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص؛ لأن تهمة الكذب في موضعين في شهادة الأصول، وفي شهادة الفروع، والحاجة تندفع بالأصول، فلا ضرورة إلى تحمل تهمة زائدة فيما بني على الدرء، ولا كذلك في الأموال؛ لأن المعاملات بين الناس يغلب وجودها فتمس الحاجة إلى ذلك صيانة لحقوقهم.

ولا تجوز الشهادة على الشهادة حتى يكون الأصول على مسيرة ثلاثة أيامٍ ولياليها أو يكون مريضًا لا يستطيع إتيان مجلس القضاء.

لتحقق العجز عن إحضار الأصول.

وروي عن أبي يوسف: أنه متى كان بحال لو غدا إلى مجلس القضاء لا يمكنه أن يبيت إلى أهله تجوز الشهادة على الشهادة.

شاهدا الأصل إذا قال: أشهد فلان على نفسه بكذا: لم يجز للسامع أن يشهد على شهادته حتى يقول له: اشهد على شهادتي؛ لأن الفرع نائب عن الأصل في الشهادة والنيابة لا بد لها من الإنابة، والإنابة إنما تكون بالتوكيل والتحميل، ولأن الفرع لا بد له من نقل شهادة الأصل في مجلس القضاء لتصير شهادة الأصل حجة؛ لأن الشهادة إنما [تكون][1] حجة في مجلس القاضي، فلا بد من النقل إلى مجلس القضاء لتصير حجة فتبين أنهم تحملوا ما هو الحجة، والنقل لا بد له من التحميل والتوكيل، فينبغي أن يقول الأصل للفرعين: أشهدني فلان بن فلان بن فلان الفلاني على نفسه بكذا فاشهدا انتما على شهادتي عليه بذلك، وينبغي للفرعين أن يشهدا عند القاضي على هذا الوجه، فيقول كل واحد عند القاضي: أشهد أن فلانًا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته فأنا أشهد على شهادته على فلان بذلك.

ولو أشهد الأصل رجلًا على شهادته فسمع آخر: لم يجز له أن يشهد على شهادته حتى يقول له: اشهد على شهادتي؛ لما مر.

بخلاف ما إذا أشهد القاضي قومًا على قضائه، فسمع آخر يجوز للسامع أن يشهد على قضائه؛ لأن القضاء حجة بنفسه بمنزلة الإقرار، فتجوز الشهادة عليه بالمعاينة من غير توكيل.

ولا يسأل القاضي عن الشهود إلا إذا طعن الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله ـ يريد به التعديل ـ؛ لأن العدالة ثابتة بإسلامه: لقوله عليه السلام «المسلمون عدول

---

(١) في النسخة (ب) تصير.

بعضهم على بعض»[١] فإذا طعن الخصم فقد عارض هذا الظاهر ظاهر آخر، فوجب الترجيح بالتعديل.

وعندهما رحمهما الله: يسأل عن الشهود طعن الخصم أو لم يطعن؛ لأن ظاهر العدالة لا يكفي لإثبات أمرٍ لم يكن.

وأجمعوا أن في الحدود والقصاص يسأل عن الشهود؛ لأنها تندرء بالشبهة.

ولا يصح تعديل المدعى عليه لشهود المدعي إلا رواية عن أبي يوسف؛ لأن في زعم المدعي أن المدعى عليه كاذب في الجحود، وتعديل الكاذب لا يعتبر.

ومعنى المسألة: أن يقول المدعى عليه: إنهم عدول لكنهم أخطأوا في هذه الشهادة، أما إذا قال: صدقوا فقد اعترف بالحق فكفت المؤنة، وفي زماننا القاضي يعمل بقولهم؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله كان في زمن شهد لهم رسول الله ﷺ بالخيرية، فقال: «خير القرون القرن الذين أنا فيهم، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشوا الكذب»[٢] وهو كان في القرن الثالث، وهما كانا في القرن الرابع، وقد أخبر أنه يفشوا للكذب في القرن الرابع فكيف في زماننا؟!

ورسول القاضي إذا كان واحدًا: جاز، والأثنان أحوط ـ يريد به الذي يرسله القاضي إلى المحلة ليسأل عن الشهود ويسمى مزكيًا مجازًا.

أما المزكي حقيقة الذي يشهد بعدالة الشهود من أهل المحلة، وكذلك المزكي وهو الذي يشهد بحال الشاهد إذا كان واحدًا عدلًا يجوز، والاثنان أفضل.

وكذلك المترجم بأن لا يعرف القاضي لسان الشهود أو المدعي فيجاء برجل

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف برقم: (٢٠٦٥٧).

(٢) بنحوه أخرجه مسلم برقم: (٢٥٣٣).

عدل يعرف لسان القاضي ولسان الشهود ويخبر القاضي بما يشهدون، فإن كان المترجم واحدًا عدلًا: يجوز، والاثنان أفضل، وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأن هذه ليست بشهادة، ولهذا لم تشترط لفظ الشهادة، ومجلس القضاء، فلا يشترط العدد.

وقال محمد رحمه الله: لا يجوز إلا إثنان؛ لأنه في معنى الشهادة فيشترط العدد احتياطا.

ويسأل القاضي عن الشهود في السر وزكاهم في العلانية ـ يريد بالعلانية أن القاضي يحضر في مجلس القضاء المزكين الذين أخبروا عن عدالة الشاهد، ويحضر الشاهد أيضًا، ويقول للمزكين: الشاهد الذي زكيتموه في السر هذا.

وإنما يفعل هكذا؛ لأنه ربما يقع في ظن المزكي عند السؤال عنه أن الشاهد فلان فيزكيه لصلاحه، ويكون الشاهد غيره، ويتفق اسمهما، ونسبها، وكونهما في محلة، وهكذا كان يفعله المتقدمون، إلا أن المتأخرين تركوا التزكية في العلانية واكتفوا بالتزكية في السر كيلا تقع عداوة بين الشاهدين والمزكي إذا كان جارين أو في محلة واحدة فيفضي ذلك إلى التشاجر.

رجل شهد لرجل أنه اشترى هذا العبد من فلان بألف درهم، وشهد الآخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة، والمدعي يدعي هكذا: لم تقبل شهادتهما.

وكذلك العبد إذا ادعى الكتابة، أو العتق بمال على المولى وأنكر المولى ذلك أصلًا، واختلاف الشاهدان في المال قدرًا أو جنسًا، والمدعي هو العبد يدعي الأقل أو الأكثر: لم تقبل.

وكذلك المرأة إذا ادعت الخلع بمال، وأنكر الزوج الخلع أصلًا، واختلف الشاهدان

في بدل الخلع: لم يجز؛ لأن كل شاهد يشهد بعقد آخر غير ما شهد الآخر فاختلف المشهود به.

وإن كان المدعي هو المولى: ففي الكتابة كذلك لم تقبل الشهادة؛ لما قلنا.

وإن ادعى العتق على ألف وخمسمائة وأحد الشاهدين يشهد بألف، والآخر بألف وخمسمائة: تقبل شهادتهما على الألف؛ لأن العتق ثبت بإقرار المولى بالعتق بقي الدعوى في المال، وقد ذكرنا أن في مثل هذا تقبل الشهادة على الألف، وكذلك في الخلع إن كان المدعي هو الزوج وأنكرت المرأة الخلع، فشهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة والزوج يدعي بألف وخمسمائة يقضى بألف على المرأة؛ لأن الطلاق وقع بإقراره بقي الدعوى في المال فيقضي بالأقل.

ولو اختلف الشاهدين في قدر المهر في النكاح، والمدعي يدعي الأقل أو الأكثر: لا يقض بالنكاح عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأنه اختلف المشهود به كما في البيع والكتابة.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: يقضي بالنكاح بالأقل؛ لأن المال تابع في باب النكاح، وملك النكاح أصل، وقد اتفق الشاهدان بالأصل، فيقضي بالأصل ولا ينظر إلى الاختلاف في البيع وإذا ثبت النكاح ثبت أقلهما وهو ألف؛ لأنه متيقن.

رجلان شهدا على شهادة شاهدين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم، وقالا: إن الأصلين أخبرانا أنهما يعرفان الفلانية بعينها، ولكنا لا ندري أن التي أحضرها المدعي هل هي تلك الفلانية، أم لا يقال للمدعي: هات شاهدين أن التي حضرت فلانة بنت فلان الفلانية ليتمكن الشاهدين من الإشارة إليها في الشهادة، نظيره: إذا ادعى رجل على رجل محدودًا وشهد له شهوده أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملك هذا بشهادة المدعى عليه بغير حق، فقال المدعى عليه: الذي في يدي غير محدود بهذه

الحدود التي ذكر الشهود، يقال للمدعي: هات شاهدين بأن الذي في يد المدعى عليه محدود بهذه الحدود.

وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي بشهادة شاهدين.

يريد به أن القاضي الكاتب كتب في كتابه إلى القاضي الآخر: أن شاهدين عدلين شهدا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني، على فلانة بنت فلان الفلانية كذا من الدراهم، فاقضى عليها أنت بذلك، فاحضر المدعي فلانة في مجلس القاضي المكتوب إليه ودفع الكتاب إليه، يقول القاضي المكتوب إليه للمدعي: هات شاهدين أن التي أحضرتها هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب لتمكن الإشارة إليها في القضاء عليها؛ لأن هذا في معنى الشهادة على الشهادة، فإن قالا ـ أي الشاهدان في هذين البابين ـ: فلانة بنت فلان التميمية لا يكفي حتى ينسبوها إلى فخذها ـ أي إلى أبيها الأعلى الذي ينسب أبوها إليه ـ؛ لأن بني تميم لا يحصون، فلا يحصل التعريف بهذه النسبة.

رجل يكتب ذكر الحق، وكتب في أسفله: ومن قام بهذا الذكر حق فهو ولي ما فيه إن شاء الله، أو يكتب الشراء ويكتب في آخره: فما أدرك فلانًا فيه من درك فلان فعليَّ خلاصه إن شاء الله تعالى بطل الدين الذي في الذكر وبطل الشراء في الصك عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الصك كله شيء واحد فإذا لحقه الاستثناء انصرف إلى الكل.

وقالا: الدين لازم، والشراء ثابت، والاستثناء ينصرف على من قام بذكر الحق وعليَّ الخلاص؛ لأن الصك لما كان للاستيثاق فيدل ذلك على الصرف إلى آخره.






باب القضاء في المواريث

نصراني مات فجاءت امراته وقد أسلمت، فقالت: أسلمت بعد موته ولي الميراث، وقالت الورثة: أسلمت قبل موته، ولا ميراث لها: فالقول قول الورثة. لأن إسلامها ثابت في الحال، وأنه حجة للدفع دون الاستحقاق، والوارث دافع وهي مثبتة لكن التمسك بالظاهر فصلح للدفع لا للاستحقاق وظاهر آخر يشهد لها؛ لأن الحادث بحال إلى [أفضل][1] أوقات حدوثه لكن الظاهر لا يكفي للاستحقاق.

ولو كان الزوج مسلمًا وله امرأة نصرانية، فمات الزوج، وقد أسلمت المرأة فقالت: أسلمت قبل موته، ولي الميراث، وقالت الورثة: أسلمت بعد موته ولا ميراث لك: فالقول قول الورثة؛ لأنه يعارض الظاهر على ما ذكرنا لكن الوارث دافع على ما مر.

رجل عنده أربعة آلاف درهم لرجل وديعة، فمات المستودع، وأقر المودع لرجل أن هذا ابن الميت فصدقه يؤمر بدفع المال إليه؛ لأنه أقر أنه أحق بهذا المال ملكًا ويدًا.

ولو أقر لرجل آخر أنه ابن الميت أيضًا، وكذبه الأول كان المال كله للأول؛ لأنه أقر للثاني بعدما صار المال كله للأول بإقراره فقد أقر للثاني بمال الغير، فلا يصح إقراره.

ميراث قسم القاضي بين الغرماء، أو بين الورثة: فالقاضي لا يأخذ منهم كفيلًا عند أبي حنيفة رحمه الله، وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وأنه ظلم؛ لأن الحق ثابت للحاضر، وظهور غريم آخر أو وارث آخر موهوم، فلا يجوز أن يؤخر حقهم لإعطاء

(١) في النسخة (ب) أقرب.

الكفيل باعتبار حق موهوم.

وقالا: يأخذ منهم كفيلًا احتياطًا؛ لاحتمال ظهور غريم آخر، أو وارث آخر.

وفي العبد الآبق واللقطة إذا وجده إنسان فادعى آخر أن ذلك له، وأقام البينة فإنه يدفع إليه، ولا يأخذ منه كفيلًا عنده، وعندهما: يأخذ.

وإن دفع إليه بإخباره عن غريمه أو بقول العبد: يؤخذ منه كفيلًا بِالْإِجْمَاعِ.

دار في يدي رجل أقام رجل بينة أن أباه مات وتركها ميراثًا بينه وبين أخيه فلان الغائب لا وارث له غيرهما يقضى بنصف الدار له، ويترك نصيب الغائب في يد ذي اليد ولا يستوثق منه؛ لأنه يحتمل أن تكون الدار أمانة في يده من جهة الميت، وجحوده بطل بقضاء القاضي، والعقار لا يمكن تغييبه.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يؤخذ منه، ويوضع في يد أمين آخر إن كان جاحدًا؛ لأنه ظهر منه الخيانة بالجحود.

ولو كان عروضًا يؤخذ منه بِالْإِجْمَاعِ؛ لأن العروض يمكن تغييبه.

وإن كان مقرًا: لم يؤخذ نصيب الغائب من يده بالاتفاق، فلو حضر الغائب يسلم النصف إليه من غير بينة وقضاء؛ لأن القضاء وقع للميت وأحد الورثة يكون خصمًا في جميع ما يُدعى للميت أو على الميت.

دار في يدي رجل أقام رجل بينة أن هذه الدار كانت في يده منذ أشهر: لم تقبل بينته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن هذه شهادة لمجهول؛ لأن اليد محتملة بأن تكون يد غصب، أو يد عارية، أو يد إجارة، أو يد ملك، فإن كانت يد غصب عن صاحب اليد: لا يجب إعادتها، وإن كانت يد ملك تجب الإعادة فلا يجب بالشك.

وعن أبي يوسف: أنه تقبل؛ لأن اليد حق مقصود فتقبل البينة عليه.

ولو شهدوا أنها كانت ملكه: تقبل بِالْإِجْمَاعِ؛ لأن الملك يبقى إلى أن يوجد المزيل.

وكذلك لو شهدوا على إقرار صاحب الدار أنها كانت في يد المدعي منذ أشهر: تقبل؛ لأن هذه شهادة بمعلوم وهو الإقرار، ويؤمر برد الدار إلى المدعي.

رجل مات، فأقام وارثه بينة على دار في يد رجل أن أباه كان أعارها، أو أودعها من الذي في يده: تقبل بينته، ويقضى بالدار له، ولا يحتاج إلى أن يقول الشهود: مات وتركها ميراثًا له؛ لأن هذه شهادة باليد للمورث عند الموت؛ لكون يد المودع ويد المستعير قائمةً مقام يد المعير ويد المودع، وذلك شهادة بالملك للمورث عند الموت، والشهادة بالملك للمورث عند الموت شهادة بالإنتقال إلى الوارث، وصار كما لو شهدوا أن هذه الدار كانت في يد المورث وقت الموت لا يحتاج إلى أن يقولوا: مات وتركها ميراثًا له؛ لأن اليد أي شيء كانت صارت يد ملك عند الموت، أما إذا كانت يد ملك فلا شك، وإن كانت يد وديعة صارت يد غصب بالتجهيل، فصارت يد ملك، والشهادة بالملك للمورث وقت الموت شهادة بالإرث.

ولو شهدوا أن هذه الدار كانت لأبيه لا بد وأن يقولوا: مات وتركها ميراثًا حتى تكون شهادة بالملك للمورث وقت الموت.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: لا يحتاج إلى قوله: تركها ميراثًا له؛ لأن ملك المورث متى ثبت بيقين فينتقل إلى الوارث، وصار كما لو أقام بينة أنها كانت ملك المدعي تقبل، كذا هنا.

رجل قال: مالي في المساكين صدقة، ينصرف إلى مال الزكاة نحو الذهب والفضة، وعروض التجارة، والسائمة، ولا ينصرف إلى ثياب البذلة، وعبيد الخدمة، والدور ونحوه استحسانًا، والقياس أن يتناول الكل وهو قول زفر. اعتبارًا بالوصية بجميع المال.

وجه الاستحسان: أن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى والإيجاب من الله تعالى مضافًا إلى مطلق المال، ومطلق المال يتقيد بمال الزكاة، فكذا إيجاب العبد.

والأراضي الخراجية لا تدخل بِالْإِجْمَاعِ؛ لأن الخراج مؤنة محضة.

وأما أرض العشر فتدخل عند أبي يوسف؛ لأن العشر صدقة.

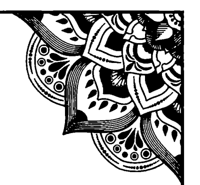
وعند محمد رحمه الله: لا تدخل؛ لأنه مؤنة الأراضي فأشبه الخراج.

ولو قال: جميع ما أملك صدقة، قال بعضهم: ينصرف إلى جميع ماله قياسًا واستحسانًا.

والصحيح أن هذا والقول الأول سواء، نص عليه في المختصر في كتاب الهبة، أنه إذا قال: جميع ما أملك في المساكين صدقة، فإنه يتصدق بجميع ما يملك من السائمة، ومال التجارة، والسوائم، وأموال الزكاة، ويمسك قوته وقوت عياله، ثم يتصدق بذلك القدر إذا وجد، فإن كان محترفًا يمسك قوت يوم، وصاحب المستغلات يمسك قوت شهر، والدهقان يمسك قوت سنة، والتاجر مقدار ما يرجع إلى بلده.

ثم ذكر مسالة بيع الوصي قبل العلم بالوصاية وهي مكررة، وقد ذكرها على وجه التمام في كتاب الوصايا في آخر الكتاب فنذكره ثمة إن شاء الله تعالى،، والله أعلم بالصواب.






باب في القضاء أيضًا

قضاء القاضي متى نفذ ظاهرًا بناء على سبب ظاهر، ينفذ باطنًا أيضًا في قول أبي حنيفة رحمه الله حتى لو ظهر بطلان السبب من الأصل لا يبطل القضاء.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا ينفذ باطنًا حتى يبطل القضاء.

ولأبي حنيفة: أن القاضي مأمور بالقضاء بالظاهر؛ لقوله عليه السلام: «أنا اقضي بالظاهر والله يتولى السرائر»[1] وقضاؤه بأمر الله سبحانه وتعالى وقضاء الله سبحانه وتعالى ينفذ باطنًا ولا يبطل فكذلك قضاء القاضي.

وللقاضي أن يقرض أموال اليتامى، ويكتب ذكر الحق؛ لأنه يتمكن من استخراجه متى شاء من غير بينة فيأمن مال اليتيم عن أسباب التوى فكان فيه نظرًا لليتيم، والأب والوصي لا يتمكنان من استخراجه إلا بواسطة الخصومة، وإثباته بالبينة عند القاضي، وقد يتهيأ ذلك، وقد لا تتهيأ.

وروي في رواية: أن الأب بمنزلة القاضي.

ولا يجوز للقاضي أن يأمر إنسانًا أن يقضي بين اثنين إلا إذا كتب في منشوره ولِ من شئت، ولا يملك عزله إلا إذا كتب في منشوره: واستبدل من شئت؛ لأن القاضي رسول عن جماعة المسلمين، ولهذا لم يكن عليه عهدة، ولهذا لو مات الخليفة لا ينعزل

---

(١) جاء في تخريج أحاديث الإحياء: (ص١٥٦٧): لم أجد لَهُ أصلاً، وَكَذَا قَالَ الْمزي لما سُئِلَ عَنهُ.

القضاء، ولا سائر خلفائه.

ثم الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا أن يقول له الموكل: اعمل برأيك فحينئذٍ يصح توكيله غيره، وإذا وكل غيره فمات الأول لا ينعزل الوكيل الثاني، وكذلك لو عزل الأول الثاني لا يصح عزله.

ولو مات الموكل انعزلا، ولو عزلهما انعزلا، وإذا عرف هذا في حق الوكيل ففي حق الرسول أولى.

القاضي إذا قضى في فصل مجتهد اختلف فيه الفقهاء: نفذ قضاؤه، ولا يجوز لقاضي آخر يرى خلاف ذلك أن يبطله بل يمضيه؛ لأنه ترجح أحد الجانبين باتصال القضاء به.

وهذا إذا قضى وهو يرى ذلك صوابًا، أما إذا قضى جزافًا، أو قضى برشوة، أو قضى وثمة نص خلافه: لا ينفذ.

وإن قضى ناسيًا مذهبه أو ظن أن مذهبه ذلك: نفذ قضاؤه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه حصل القضاء عن رأي.

وقالا: لا ينفذ قضاؤه؛ لأن النسيان والخطأ جعلا عذرًا في دفع المأثم لا في الحكم.

ولو كان نفس القضاء مختلفًا فيه: ينفذ إذا اتصل إمضاء قاضٍ آخر، فإذا اتصل به القضاء: لا يكون لغيره إبطاله.

القاضي إذا قال لإنسانٍ: قضيت على هذا بالرجم فارجمه: وسعه أن يفعل، وإن لم يشاهد قضاؤه؛ لأن القاضي أمين عدل، وقوله: بمنزلة بينة عادلة، فيجب تصديق قوله وطاعته.

وروي عن محمد رحمه الله: أنه لا يجوز العمل بقوله إلا أن يعاين الحجة، وقياس هذا أن لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي، ومشايخنا أخذوا بهذه الرواية؛ لأن القضاة قد فسدوا فلا يؤتمنون؛ لكن لم يأخذوا بهذه الرواية في كتاب القاضي إلى القاضي؛ إحياء لحقوق الناس.

قال الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي[1]: إن كان القاضي عالمًا ورعًا يقبل قوله، وإن كان فاسقًا عالمًا، أو جاهلًا فاسقًا: لا يقبل قوله إلا أن يعاين الحجة، وإن كان عدلًا غير عالم يستفسر إن أحسن يقبل قوله وإلا فلا.

قاضٍ عزل، فقال لرجل: أخذت ما لك على وجه القضاء فدفعته إلى فلان، أو قال: قطعت يدك على وجه القضاء، وقال المأخوذ منه: لا بل فعلته ظلمًا: فالقول قول القاضي؛ لأنه في حال كونه قاضيًا لا يفعل إلا بوجه القضاء.

ولا ضمان على الآخذ أيضًا إن كان استهلكه؛ لأن أخذه بجهة القضاء لا يوجب عليه شيئًا.

ولو قال المأخوذ منه: أخذته، أو قطعته قبل أن تكون قاضيًا، أو بعد العزل: فالقول قول القاضي أنه فعل على وجه القضاء؛ لأنه لما أسنده إلى حال قضائه، وقضاؤه كان

---

(١) محمد بن محمد بن محمود أبو منصور الماتريدي أمام المتكلمين ومصحح عقائد المسلمين تفقه على أبي بكر أحمد الجوزجاني عن أبي سليمان الجوزجاني عن محمد وتفقه عليه الحكيم القاضي إسحاق بن محمد السمرقندي وعليّ الرستغفنى وأبو محمد عبد الكريم بن موسى البزدوي.
له كتاب التوحيد وكتاب المقالات وكتاب أوهام المعتزلة ورد الأصول الخمسة لأبي محمد الباهلي.
مات سنة ثلاث وثلاثين وثلاثمائة. تاج التراجم لابن قطلوبغا: (ص٢٤٩)، الفوائد البهية: (ص١٩٥).

معروفًا فقد أنكر سبب الضمان أصلًا إلا أن ههنا يضمن الآخذ والقاطع؛ لأنَّا صدقنا القاضي في نفي الضمان عنه؛ لا في حق نفي الضمان عن الآخذ والقاطع، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة المقضي عليه أقر أنه فعل ذلك في حال كونه قاضيًا، والظاهر أنه فعل على وجه القضاء، وذلك لا يوجب الضمان على الآخذ.

رجل أقر عند القاضي بدين، فإنه يحبسه، ثم يسال عنه إن كان موسرًا أبدًا يحبس إلى أن يقضي الدين، وإن كان معسرًا خلى سبيله.

يريد به: إذا ثبت مماطلته عند القاضي بأن أقر مرة وأمره بقضاء الدين ولم يقضه، أو جحده عند غير القاضي.

فالحاصل أن القاضي لا يحبسه بأول الوهلة إذا أقر عنده بل يأمره بقضاء الدين فإذا أعيد ثانيًا يحبسه.

وإن قال: أنا معسر، فطلب من القاضي أن يسال المدعي عن حاله، فيسأل القاضي المدعي، إن قال: إنه معسر: خلى سبيله، وإن قال: إنه موسر: حبسه، وإن اختلفا، فقال المدعي هو موسر، وقال المديون: إني معسر فقد اختلف المشايخ فيه اختلافًا كبيرًا.

والحاصل: أن الدين الذي عليه متى كان بدل مال حبسه؛ لأن يساره قد ثبت، والزوال لا بد له من دليل.

وإن لم يكن مال كالمهر، وبدل الخلع، وبدل الدم: فالقول قول من عليه الدين؛ لأن الأصل في الآدمي الفقر، ولا دليل على اليسار، وهذا في المهر المؤجل، أما في قدر المعجل: فالقول قول المرأة؛ لأن الإنسان لا يقدم على النكاح إذا لم يكن له وفاء بالمعجل، وفي النفقة القول قول الزوج: إنه معسر ويجب عليه نفقة المعسرين.

ودين الكفالة مثل المعجل من المهر؛ لأنه إنما يختار الكفالة المليء دون المعسر.

ثم في كل موضع حبسه يحبسه شهرين أو ثلاثة أشهر، وفي رواية: ستة أشهر، وفي رواية: أربعة أشهر؛ لأن المقصود ضجر قلبه حتى يقضي الدين، وذلك إنما يحصل بطول الحبس وهذا التقدير ليس بأمر لازم؛ بل هو مفوض إلى رأي القاضي؛ لأن أحوال الناس في ذلك مختلفة.

فإذا حبسه هذه المدة، ثم يسأل عنه، فإن شهد رجلان عدلان أنه موسر أبدًا: حبسه، وإن قالا: هو معسر: خلى سبيله؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

ولو سأل القاضي عنه قبل القضاء مدة الحبس: فله ذلك، ثم البينة على الإفلاس بعد الحبس تقبل بِالْإِجْمَاعِ وقبل الحبس روايتان.

وتمام هذا الفصل يأتي في باب أدب القاضي.

المحبوس بدين دراهم إذا كان له دنانير: فللقاضي أن يبيع الدنانير بالدراهم، ويقضي به الدين إن امتنع هو عن ذلك؛ لأنهما جنس واحد من حيث كونه صالحًا لقضاء الدين، ومن حيث الثمنية؛ ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في حق تكميل النصاب فكان هذا قضاء الدين معنى فيملك القاضي ذلك.

ولا يبيع العروض عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: كما في بيع الدنانير.

ولأبي حنيفة رحمه الله: إن بيع العروض لا يتعين لقضاء الدين، فإنه يستقرض، أو يستوهب، فلا يعين القاضي عليه هذا الطريق كما لا يعين عليه أن يؤاجر نفسه، وللناس أغراض في العروض؛ لأن المصالح تختلف باختلاف العروض

والدليل عليه: أنه صح بيع الديون مع إكراه القاضي بالحبس؛ لأنه ما حبسه لبيع؛ بل حبسه لقضاء الدين، فصار ذلك نظير من صادره السلطان الظالم ولم يتعين عليه بيع ماله أنه إذا باع ماله صح، دل أن بيع العروض لم يتعين لقضاء الدين، ولا كذلك الدراهم والدنانير؛ لأن المقصود بهما واحد وهو الثمنية والتوسل إلى المصالح، وقضاء الدين



بهما من جملة المصالح.

وقد رأيت في موضع: أنه إذا كان لرجل على رجل دراهم فظفر بدنانير: له أن يأخذ مقدار حقه؛ لكنه خلاف ظاهر الرواية.

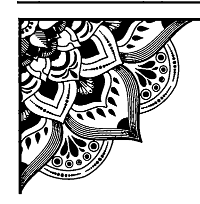
قاضٍ أو أمينه باع عبدًا للغريم أو للوارث فقبض الثمن وضاع من يده، ثم استحق العبد: رجع المشتري بالثمن على الغرماء، أو على الوارث؛ لأنه تعذر إلحاق العهدة على القاضي وأمينه؛ لأنه كالرسول عن العامة فترجع العهدة على من وقع البيع له وهو الغريم أو الوارث، وإن كان الوارث صغيرًا ينصب القاضي عنه وصيًا فيرجع عليه ويؤدي هو من مال الصغير.

ولو باع العبد وصي الميت أو وصي القاضي: رجع المشتري على الوصي؛ لأنه هو والعاقد، ثم هو يرجع على الغريم، أو على الوارث.

ويكره للقاضي تلقين الشاهد، وهو القياس؛ لأنه إعانة أحد الخصمين.

واستحسن أبو يوسف في غير موضع التهمة؛ لأن الشاهد قد تلحقه حِشْمَة القاضي لمهابة المجلس فيحصر عن أداء الشهادة فلا بأس به صيانة لحقوق الناس.



باب مسائل لم تدخل في الأبواب

ويجبر ذو الرحم المحرم على نفقة الصغير وَالزَّمِن على قدر ما يرثون منه؛ لأن الله سبحانه وتعالى أوجب النفقة عليهم باسم الوارث بقوله عز وجل: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فهذا يدل على أنه قدر ميراثهم في الصغير حَتَّى أَنَّه لو كان للصغير أم وجد، فثلث النفقة على الأم، والثلثان على الجد، وكذلك الأخت والأخ.

بخلاف ما لو كان له أب وأم: حيث كان كل النفقة على الأب دون الأم؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والمولود له الأب دون الأم.

وكذلك نفقة الأب على الولد في ماله دون غيره من الأقارب؛ لأن له حقا في مال الابن عند الحاجة.

رجل اشترى جارية فاستولدها، ثم استحقت الجارية، أو تزوج حرة فولدت له ولدًا، ثم استحقها رجل بالرق، فظهر أنها كانت أمة: فالولد يكون حرًا بالقيمة؛ لأنه ولد المغرور، وأنه حر بالقيمة هكذا قضى عمر رضي الله عنه في النكاح وعلي رضي الله عنه في الشراء.

وتعتبر قيمة الولد يوم الخصومة؛ لأن الولد حدث أمانة في يده، وإنما يصير ضامنًا بالمنع، والمنع حصل بالخصومة فتعتبر قيمته يوم الخصومة.

ولو مات الولد قبل الخصومة: لم يضمن شيئًا؛ كولد المغصوب إذا مات قبل

طلب المالك لا يضمن الغاصب قيمة الولد، كذا هذا.

ولو مات الولد وترك مالًا: فماله لأبيه؛ لأنه علق حرًا في حق الأب ورقيقًا في حق المستحق.

ولا يجب عليه شيء من قيمة الولد؛ لما مر.

ولو قتل الولد خطأ وأخذ الأب ديته: غرم قيمته للمستحق؛ لأن الدية بدل الولد فكان حبسه كحبس الولد.

رجل عليه ألف درهم لرجل، فجاء رجل وقال: إن رب الدين وكلني بقبض ما له عليكم من الدين، فإن صدقه: يؤمر بتسليم الدين إليه؛ لأنه أقر على نفسه بحق القبض له، بخلاف الوديعة وقد مرت هذه المسألة.

ثم الغريم إذا دفع المال إلى الوكيل، ثم أراد أن يسترده ليس له ذلك سواء صدقه، أو كذبه، أو سكت؛ لأنه لما دفع المال إليه تعلق به حق الموكل؛ لاحتمال أن يجيز قبضه، فما لم ينتف هذا الاحتمال لا يكون له أن يسترده.

فإن حضر رب الدين، وجحد الوكالة: فله أن يرجع على الغريم بدينه.

وهل يرجع الغريم على الوكيل؟

فإن كان المدفوع قائمًا في يد الوكيل: يرجع عليه سواء صدقه أو كذبه.

وإن هلك في يد الوكيل،هـل للغريم أن يضمنه؟

فهذا على أربعة أوجه:

في وجه واحد ليس له أن يضمنه، وهو: ما إذا صدقه، ولم يضمنه ضمان الدرك؛ لأنه إقرار قبضه بحق، ورب الدين ظلمني يأخذه ثانيًا، فليس لي أن أظلم غيري.

وفي الوجوه الثلاثة له أن يضمنه:

أحدها: إذا كذبه.

والثاني: إذا سكت ودفع المال إليه؛ لأنه إنما رضي بقبضه؛ لاحتمال أن يكون وكيلًا، أو يجيز رب الدين قبضه، فإذا لم يكن شيء من ذلك؛ لم يكن راضيًا بقبضه: فله أن يضمنه.

والثالث: إذا صدقه، وضمنه ضمان الدرك، بأن يقول له: نعم أنت وكيل لكن إني لا آمن أن يحضر الموكل ويجحد الوكالة، ويأخذ مني ثانيًا، فيصير ذلك دينًا لي عليه، فهل أنت كفيل بذلك؟

فإذا أخذ الموكل من الغريم: حلت الكفالة، فللغريم أن يضمن [الوكيل][1] بحق الكفالة.

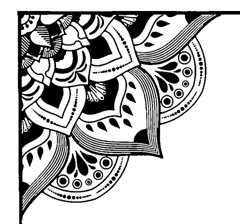
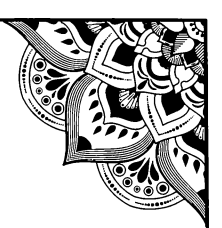
متفاوضان أمر أحدهما صاحبه بأن يشتري جارية فيطأها، فاشترى جارية وقضى الثمن من مال الشركة: فلا يرجع الآمر عليه بشيء في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يرجع بنصف الثمن؛ لأن الشراء وقع للمأمور، بدليل: أنه يحل له وطئ الجارية، وقد قضى الثمن من مال الشركة.

ولأبي حنيفة: أن الشراء وقع مشتركًا؛ لأن عقد الشركة يتناول مطلق الشراء، ثم يصير الآمر واهبًا نصيبه من المأمور بإحلاله الوطء له من غير عوض، وهبته في الجارية تصح بِالْإِجْمَاعِ، والله تعالى أعلم.

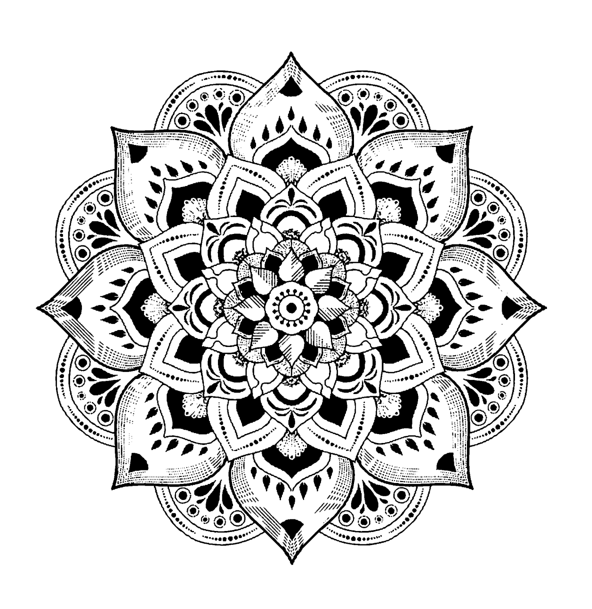


(١) في النسخة (ب) الكفيل.

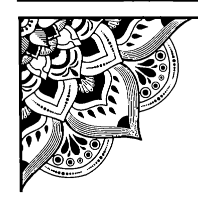



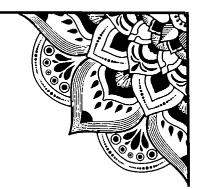
كتاب الوكالة









كتاب الوكالة

باب الوكالة بقبض الدين والعين

رجل في يديه عبدٌ لرجلٍ وديعةً، فوكل رجلًا بقبض العبد منه، وغاب الموكل، فجاء يريد قبضه، فادعى المودع أنه باع مني وأقام البينة: يوقف الآمر حتى يحضر الغائب.

يريد به: أن الوكيل لا يملك قبضه ولا يقضي عليه بالبيع بل يوقف الأمر حتى يحضر الغائب.

وكذلك لو وكله بأن يجيء بامرأته أو أمته من موضع كذا، فادعت المرأة أنه طلقها، وادعت الأمة أنه أعتقها: فلا سبيل له عليهما، ولا يكون هو خصمًا حتى لا يقضي عليه بطلاقها ولا عتاقها بل يوقف الآمر.

وهذا لا خلاف فيه.

أما لو كان وكيلًا بقبض الدين فادعى من عليه الدين أنه أوفاه الدين، أو أبرأه صاحب الدين عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا والأول سواء، فإنه لا يملك قبض الدين ولا تسمع البينة عليه على الإيفاء والإبراء؛ لأنه وكيل بالقبض لا بالخصومة، فصار كالوكيل بقبض الوديعة.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: يكون خصمًا ويقضى عليه بالإيفاء والإبراء؛ لأنه وكيل بالمبادلة بقبض العين بدلًا عن الدين، فصار كالوكيل بالشراء يكون خصمًا؛ لكن بعد الشراء.

وأشبه بمسألتنا: الوكيل يأخذ الدار بالشفعة يكون خصمًا حتى تسمع البينة عليه أن الموكل سلم الشفعة.

وإنما قال: الوكيل بالشفعة أشبه بمسالتنا؛ لأنه خصم قبل الأخذ، فالوكيل بقبض الدين خصم عندي[1] قبل أخذ الدين.

بخلاف الوكيل بقبض الوديعة، والوكيل بنقل المرأة والأمة؛ لأنه ليس بالوكيل بالمبادلة، فكان بمنزلة الرسول، فلا يكون وكيلًا بالخصومة لكنه لما كان وكيلًا بالقبض والنقل تسمع البينة عليه من هذا الوجه حتى يبطل حقه في القبض والنقل.

الوكيل بالخصومة إذا أقر في مجلس القضاء أن الموكل قبض المال: نفذ إقراره على الموكل استحسانًا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وإن أقر في غير مجلس القضاء: لا يصح إقراره، والقياس أن لا يصح إقراره في الوجهين كما قال زفر رحمه الله، أو يصح في الوجهين كما قال أبو يوسف رحمه الله.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أنه وكله بجواب الخصومة مجازًا فصح إقراره كما لو قال: أجب خصمي.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الخصومة جاز أن تذكر ويراد به جواب الخصومة مجازًا؛ لأن الخصومة سبب الجواب، وإطلاق اسم السبب على المسبب شائع في اللغة وقد قام دليل المجاز؛ لأن الخصومة تتناول الإنكار بعينه، والإنكار ليس بمملوك له قطعًا؛ لاحتمال كونه كاذبًا في الإنكار، فلو صرفنا التوكيل إلى حقيقة الخصومة لا يصح؛ لأنه من حيث أنه يكون محقًا في الإنكار.

وإن كان يصح التوكيل به فمن حيث أنه مبطل لا يصح التوكيل به، وإقدامه على

---

(١) في هامش النسخة (ب) أبو حنيفة.

التوكيل دليل، فضده الصحة قطعًا أو غالبًا، ولا يمكن تصحيحه قطعًا أو غالبًا إلا بصرفه إلى جواب الخصومة؛ لأن جواب الخصومة حلال له قطعًا وذلك إما الإنكار أو الإقرار، فإن أحدهما غير عين حلال بيقين، فصرفناه إليه تصحيحًا لتصرفه بيقين، ولهذا لم يصح إقراره في غير مجلس القضاء؛ لأن جواب الخصم يختص بمجلس القضاء.

الكفيل بالدين لا يصلح وكيلًا بقبض الدين من الغريم أبدًا؛ لأن الوكيل من يعمل لغيره، وهو بقبض الدين يعمل لنفسه من وجه من حيث أنه يفرغ ذمة نفسه فلا يصلح وكيلًا.

وكذلك المولى إذا ضمن قيمة عبده المأذون المديون بإعتاقه للغرماء: لا يصلح وكيلًا للغرماء بقبض ديونهم عن العبد؛ لأنه بمنزلة الوكيل عن العبد، فهو بقبض الدين من العبد يفرغ ذمة نفسه عن الضمان.

التوكيل بالخصومة توكيل بقبض الدين.

لكن في زماننا لا يفتى بهذا؛ لأنه لا يؤتمن على المال من يؤتمن على الخصومة.

ولو وكل رجلين بالخصومة وبقبض الدين يتفرد أحدهما بالخصومة ولا يتفرد بقبض الدين ما لم يجتمعا؛ لأن قبض الدين مبادلة من حيث أنه يقبض العين بدلًا عن الدين فصار كالتوكيل بالشراء.

ولو وكل رجلين بالشراء لا يتفرد أحدهما بالشراء، كذا هنا، بخلاف الخصومة؛ لأنه يتعذر خصومتهما جميعًا في مجلس القضاء، والمعهود أنهما يجتمعان في الرأي في ترتيب وجوه الخصومة وتصحيح وجوه الدفع، ثم يتكلم أحدهما في مجلس الحكم.

رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على عياله، فأنفق عليهم عشرة من عنده: فالعشرة بالعشرة؛ لأنه وكيل بالشراء فإن الإنفاق لا ينفك عن الشراء، والوكيل بالشراء يملك أن يشتري بمال نفسه ويرجع في مال الموكل، كذا هنا.

وكذلك لو دفع إليه دراهم ووكله بأن يقضي بها دينه فقضاه بدراهم نفسه يرجع بدراهمه، وهذا جواب الاستحسان، والقياس أن يكون متبرعًا.

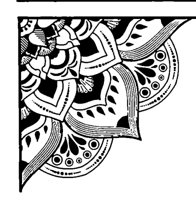
ولا يصح التوكيل باستيفاء الحد والقصاص إلا إذا كان من له الحد والقصاص حاضرًا؛ لأنه بني على الدرء، ولو كان حاضرًا ربما تلحقه مرحمة فيعفوا عن القصاص أو يكذب الشهود في الحد.

ولو وكله بإثبات الحد والقصاص بإقامة الشهود: صح التوكيل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن الخصومة شرط محض لا يضاف إليه وجوب الحد، ولا ظهور الحد فيجري فيه البدل وهو الوكالة كما في سائر الحقوق.

بخلاف الشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال، وإقرار الأخرس: حيث لا يصح؛ لأن ظهور العلة وهو الزنا يضاف إلى الشهادة أو الإقرار فلا يجوز فيه البدل.

وعند أبي يوسف: لم يصح التوكيل بالخصومة؛ لأنه لا مدخل للبدل في هذا الباب، والله أعلم.



باب الوكالة بالبيع

رجل أمر رجلًا بأن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم الثمن فاشترى أحدهما بمثل قيمته أو بزيادة أو بنقصان يتغابن الناس في مثله: جاز؛ لأنه قد يتفق شراؤهما جملة والأمر حصل مطلقًا.

ولو أمره أن يشتريهما بألف درهم وقيمتهما سواء، فاشترى أحدهما بخمسمائة أو بأقل: جاز، وإن اشترى بأكثر من خمسمائة: لم يلزم الآمر إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يرده الآمر؛ لأنه لما أضاف الألف إليهما وقيمتهما سواء انقسم عليهما نصفين فصار كأنه قابل كل واحد من العبدين بخمسمائة دلالة وذلك يمنع الزيادة قَلَّتْ أو كَثُرَتْ.

إلا أنه إذا اشترى الآخر ببقية الألف قبل الخصومة: ينفذ على الأمر؛ لأنه حصل المقصود وهو حصول العبدين بألف، وقد نص عليه، والدلالة لا تعتبر عند وجود التنصيص بخلافه، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إذا اشترى أحدهما بزيادة على خمسمائة زيادة يتغابن في مثله: تنفذ على الآمر؛ لأن الآمر بالشراء وجد مطلقًا فتحمل على ما هو المتعارف، وذلك ما قلنا.

رجل أمر رجلًا ببيع عبده فباعه بقليل أو كثير أو بعرض أو باع نصفه: جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله: لا يجوز إلا أن يبيع النصف الآخر بمثل قيمته أو بغبن يسير بالدراهم أو بالدنانير.

وقد مرت المسألة من قبل.

رجل أمر عبدًا محجورًا أو صبيا يعقل ببيع عبده فباع: صح البيع عندنا.

والشافعي خالفنا في الصبي.

ولنا: أن العبد والصبي العاقل أهل للتصرف، وفي اعتبار تصرفه نظر، وفي لحوق العهدة عليه ضرر، فأثبتنا ما فيه نظر، ودفعنا ما فيه ضر حتى كان العهدة على الموكل دون العبد والصبي كما في الرسول.

عبد أمر رجلًا بأن يشتري نفسه له من مولاه بألف ودفع الألف إليه، فإن قال المولى للمأمور: بعته منك، فقال: اشتريت: يقع الشراء للمأمور والألف المدفوع ملك المولى؛ لأنه كسب عبده، وعلى المشتري ألف آخر ثمن العبد.

وإن قال المأمور: اشتريته له، أو قال للمولى: بعت نفس العبد للعبد، فقبل المأمور: عتق العبد.

وقد ذكرنا مثل هذا في كتاب البيوع.

وهذا الألف ملك المولى؛ لما مر، وعليه ألف آخر.

ولو أمر رجلًا ببيع عبده فباعه بنسيئة، فقال المأمور: أمرتني ببيعه مطلقًا، وقال الآمر: أمرتك بالنقد: فالقول قول الآمر؛ لأن الأمر يستفاد من جهته، فيكون هو أعلم به.

ولو قال رب المال للمضارب: أمرتك بالبيع بالنقد، وقال المضارب: دفعت إليَّ مضاربة ولم تقل شيئًا: فالقول قول المضارب؛ لأن الإطلاق أصل في المضاربة فكان القول قول من تمسك بالأصل.

ولو قال رب المال: دفعت إليك مضاربة في نوع كذا، وقال المضارب: لا بل

دفعت إليَّ في نوع آخر: فالقول قول رب المال؛ لأنهما توافقا على سقوط نعت الإطلاق الذي هو أصل فصار نظير الوكالة.

رجل له على رجل ألف درهم، فأمر رب الدين المديون بأن يشتري له بالألف الذي عليه عبدًا، فإن كان العبد معينًا حتى يتعين البائع، أو عين الموكل البائع: صح التوكيل.

وصار إذنًا للبائع بأن يقبض دينه أولًا بحكم النيابة عنه، ثم يصير قابضًا لنفسه بحكم البيع، فلا يؤدي إلى تمليك الدين من غير من عليه الدين فيصح.

وإن لم يكن العبد معينًا ولا البائع: لم يصح التوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الدراهم تتعين في الوكالات عينًا كان أو دينًا فيكون هذا توكيلًا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو البائع وأنه لا يجوز، ولا يمكن أن يجعل البائع نائبًا عن رب الدين بقبض دينه أولًا؛ لأن إنابة شخص غير معين لا تصح بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمة البائع متعين فتصح إنابته.

وإذا لم يصح التوكيل فالشراء يكون للمأمور، فإن دفعه إلى الآمر وقبله يكون هذا بيعًا بينهما ابتداءً بطريق التعاطي وأنه جائز عندنا، وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: صح التوكيل بكل حال ويقع الشراء للآمر؛ لأن الدراهم لا تتعين فصارت الإضافة إلى الدين، والإطلاق واحد، ولو أطلق صح التوكيل فكذا هذا، فصار كما لو قال: اشتر لي العبد بعينه.

رجل أمر رجلًا بأن يشتري له جارية بألف درهم ونقد الألف إليه، فاشترى جارية، فقال الآمر: اشتريتها بخمسمائة، وقال المأمور: اشتريتها بألف فإن كانت قيمة الجارية ألفًا: فالقول قول المأمور؛ لأنه وافق أمره.

وإن كانت قيمتها خمسمائة: يلزم على المأمور؛ لأنه خالف أمر الآمر.

وإن لم يكن الثمن منقودًا واختلفا: فالقول قول الآمر مع يمينه، وتلزم الجارية على المأمور.

أما إذا كان قيمتها خمسمائة فلا يشكل؛ لأنه خالف أمره.

وأما إذا كان قيمتها ألف درهم، فمعناه أنهما يتحالفان، وإذا حلفا: تلزم الجارية على المأمور؛ لأن الوكيل مع الموكل ينزل منزلة البائع مع المشتري، فإن الوكيل يصير بائعًا الجارية من الموكل.

ولو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن تحالفا ويفسخ البيع بينهما، كذا هنا، وإذا فسخ البيع بين الوكيل والموكل تلزم الجارية على الوكيل، ولا يجب له على الموكل شيء.

وذكر هذه المسألة في آخر الباب، وقال: القول قول المأمور مع يمينه، وتلزم الجارية على الآمر إلا أنه زاد فيه تصديق المأمور.

قال بعضهم: إنما افترقا؛ لأنه لما صدق البائع المأمور انتفت التهمة عن خبره، فصار كما لو أنشأ البيع بألف في الحال.

وقال الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي رحمه الله: يجب التحالف هنا أيضًا، وجواب الكتاب يحتمله؛ لأنه ذكر يمين الوكيل وهو البائع في حق الموكل، والتحالف يختص بيمين البائع، فأما المشتري فعليه يمين بكل حال، وهذا هو الصحيح؛ لأن البائع إن قبض الثمن فصار كالأجنبي فتصديقه لغو، وإن كان لم يقبض الثمن فلا شغل بينه وبين الموكل فلا يعتبر تصديقه على الموكل.

رجل أمر رجلًا بأن يشتري له ثوبًا أو دابةً: لا يصح، وإن بين الثمن؛ لأن بيان الثمن لا يرفع الجهالة؛ لأن الثوب والدابة يتناول أجناسًا مختلفة، وبالثمن المذكور يوجد من

كل جنس فيعجز الوكيل عن الامتثال إلا إذا فوض إلى رأيه، بأن قال: اشتري من الثياب ما شئت، أو من الدواب ما شئت: فحينئذٍ يصح، أو قال: اشتر لي بهما ثيابًا أو دوابًا: يصح؛ لأن البيان يتناول جميع الثياب ومعلوم أنه لم يرد به جميع الثياب يعني أي ثوب شئت فاشتره.

ولو قال: اشتر لي حمارًا أو فرسًا أو ثوبًا هرويًا أو مرويًا: صح التوكيل، وإن لم يبين الثمن؛ لأن هذه جهالة يسيرة يمكن دركها بحال الأمر، والجهالة اليسيرة لا تمنع صحة الوكالة.

ولو أمره بشراء جارية، أو عبد، أو دار، إن بين الثمن: صحت، وإلا فلا؛ لأن هذه جهالة متوسطة، فإن جهالة الدار والجارية أكثر من جهالة الحمار والفرس وأقل من جهالة الثوب والدابة، فإن بين الثمن، تقل الجهالة ويمكن دركها بحال الآمر فيصح، وإلا فلا.

رجل أمر رجلًا ببيع عبده، أو أمره بشراء ثوب هروي، أو حمار: فليس له أن يوكل غيره؛ لأنه رضي برأيه لا برأي غيره.

فإن فعل الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول أو بغيبته لكن الأول أجاز فعله: جاز؛ لأنه حصل برأيه.

وذكر في موضع آخر: أن الأول إذا قدَّر الثمن للثاني: جاز، وإن كان فعل الثاني بغيبته.

المكاتب، أو العبد، أو الذمي زوج ابنته الصغيرة المسلمة، أو باع لها، أو اشترى لها: لم يجز؛ لفقد الولاية.

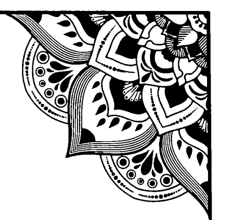
وكذلك المرتد والْحَرْبِيّ والمستأمن؛ لانعدام الولاية على المسلمة.

الوكيل بالبيع إذا باع وأخذ بالثمن رهنًا، أو كفيلًا فهلك الرهن في يده، أو توى المال على الكفيل فلا شيء على الوكيل؛ لأن حق استيفاء الثمن للوكيل والرهن والكفالة يؤكد ذلك، فملك ذلك، فلا يكون عليه شيء، وصار هلاك الرهن في يده كهلاكه في يد الموكل.

رجل أمر رجلين ببيع عبده، وسمى الثمن أو لم يسم، أو امرأة أمرت رجلين بأن يخلعاها من زوجها: لا ينفرد أحدهما بذلك؛ لأن هذا التصرف يفتقر إلى الرأي، والموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما.

وصي احتال بمال اليتيم أي قبل الحوالة من الغريم: صحت إذا كان لليتيم خيرًا في ذلك؛ لأن المشروع في حق الصغير النظر، والنظر إنما يحصل إذا كان المحتال عليه أملى من المحيل، والله سبحانه وتعالى أعلم.



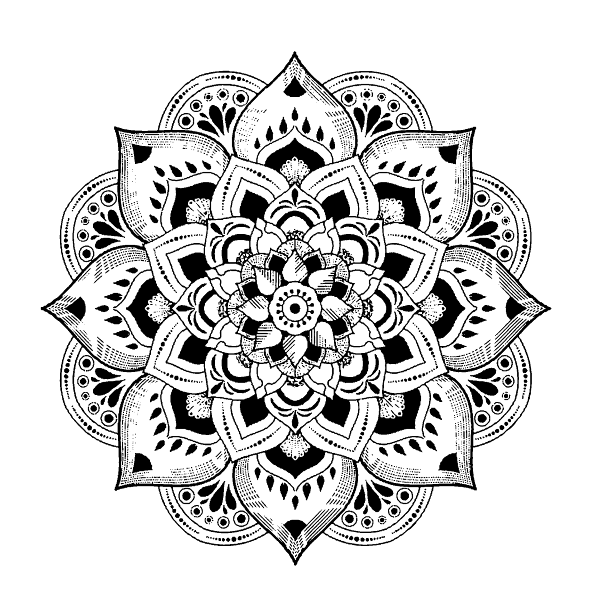


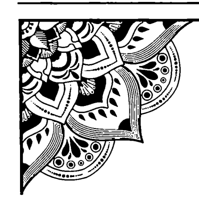


كتاب الدعوى










كتاب الدعوى

جارية حبلت في ملك إنسان، فباعها، فولدت في يد المشتري، فادعى البائع نسب الولد، وقد أعتق المشتري الأم: ثبت نسب الولد، وعتق، فيقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الأم، فما أصاب الأم: يلزم المشتري، وما أصاب الولد: يرد على المشتري؛ لأن الولد صار مقصودًا بالفسخ فصار له قسط من الثمن.

ولم تصر الجارية أم ولد للبائع، حتى لم يتنقض البيع فيها لقيام المانع، وهو عتقها، حتى لو لم يعتقها المشتري صارت أم ولد للبائع، فيرد جميع الثمن، وهذا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

أما على قول أبي حنيفة: يرد جميع الثمن إلى المشتري؛ لأن في زعم البائع أنها أم ولد له، وأم الولد لا قيمة لها عنده، فلم يضمن المشتري شيئًا.

هذا إذا كان علوقها في يد البائع، وعلامة ذلك: أنها تجيء بالولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها، ولأكثر من ستة أشهر منذ ملكها البائع.

أما إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها، ولكن لأقل من سنتين منذ اشتراها، فإن صدقه المشتري: يثبت النسب، وعتق الولد، ويرد حصته من الثمن.

على ما مر.

وإن ولدته لأكثر سنتين من حين اشتراها، وصدقه المشتري: ثبت النسب من البائع بتصادقهما؛ لكن لا يعتق الولد، ولا يلزم رد شيء من الثمن، ويحمل على أن العلوق

حصل بسبب النكاح؛ لأنَّا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملك البائع.

هذا إذا أعتق الأم دون الولد، وإن أعتق المشتري الولد دون الأم، فادعى البائع الولد: لا يثبت النسب، ولا ينتقض البيع في شيء؛ لأن الأصل في النسب الولد، والأم تابع له في نسب الولد، وهنا قام بالأصل ما يمنع ثبوت النسب وهو العتق فلم تصير الجارية أم ولد له، فلم ينتقض البيع.

وفي الوجه الأول ما قام بالأصل وهو الولد ما يمنع ثبوت النسب فيثبت النسب وينتقض البيع في الولد فيرد حصته على المشتري من الثمن على ما مر، وهذا كله جواب الاستحسان.

والقياس وهو قول زفر: أن لا يثبت نسب الولد؛ لأنه لما أقدم على البيع فقد أقر بأنه رقيق فإذا ادعى النسب يدعي ذلك كان متناقضًا؛ لكنا نقول: التناقض في مثله عفو لخفاء حال العلوق على ما مر غير مرة.

صبي في يد رجل، فأقر أنه عبد فلان، وكذبه العبد، ثم ادعاه لنفسه: ثبت نسبه منه في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن إقراره بنسبه من العبد قد بطل بتكذيب العبد، فصار كأن لم يقر.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يثبت نسبه منه أبدًا؛ لأنه أقر بما لا يحتمل النقض وهو النسب، فلا يبطل إقراره بتكذيب العبد؛ ألا ترى أنه لو عاد العبد إلى التصديق ثبت النسب منه، وصار كرجل شهد بنسب ولد فردت شهادته، ثم ادعاه لنفسه: لا يصح، كذا هنا.

رجل ولد في ملكه غلامان توأمان، فباع أحدهما، وأعتقه المشتري، ثم ادعى البائع نسب الذي في ملكه: ثبت نسب الولدين؛ لأن أحدهما لا ينفصل عن الآخر فمتى ثبت

نسب أحدهما ثبت نسب الآخر ضرورة، وظهر بطلان البيع وبطلان عتق المشتري.

صبي في يد مسلم ونصراني، فقال المسلم: هو عبدي، وقال النصراني: هو ابني، وخرج كلامهما معًا: فهو ابن النصراني، فيكون حرًا، لأن الحرية والنسب أنفع من كونه مسلمًا تبعًا للمسلم؛ لأن الإسلام بالتبعية يظهر في أحكام الدنيا لا في أحكام الآخرة، وهو يقدر أن يسلم حقيقة إذا عقل أما لعله لا يقدر على تخليص نفسه عن ذل الرق، بل لا يقدر قطعًا أو ظاهرًا؛ لأنه تعلق باختيار الغير، أما الإسلام حقيقة تعلق باختياره غير معلق باختيار غيره، وهو قادر عليه، بدليل توجه الخطاب ونحوه بالإسلام.

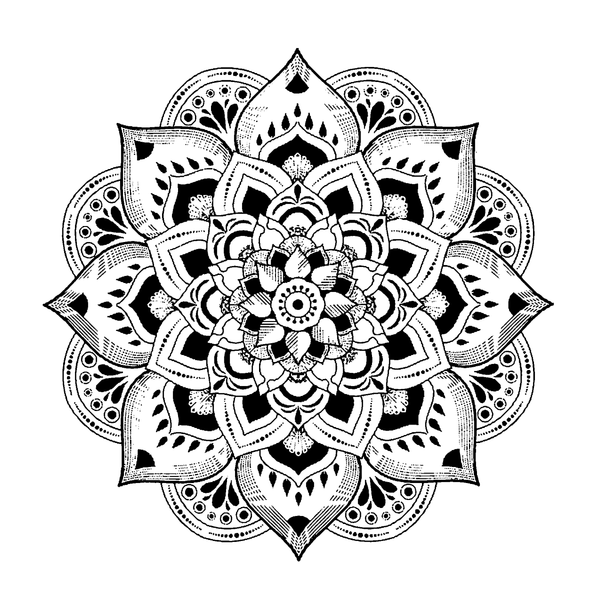
امرأة ادعت صبيًا أنه ولدها ولها زوج، فشهدت امرأة أنها ولدته: ثبت النسب من الزوج، وإن لم تشهد: فلا يثبت إذا أنكر الزوج أنها ولدته؛ لأن الحاجة هنا إلى إثبات الولادة وتعيين الولد، وهذا يثبت بشهادة القابلة.

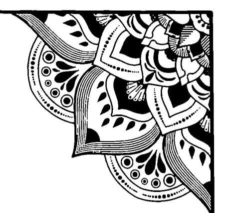
وإن صدقها الزوج: ثبت النسب من غير شهادة القابلة.

وإن كانت معتدةً احتاجت إلى حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله.

ولو قال الزوج: هو ابني من امرأة أخرى، وقالت المرأة: هو ولدي من زوج آخر كان لي: فهو ولدها؛ لأن كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه، فلا يصدق؛ كثوب في يد رجلين زعم كل واحد أن هذا الثوب بينه وبين فلان آخر فهو بينهما لكن هنا يدخل في نصيب كل واحد المقر له، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.



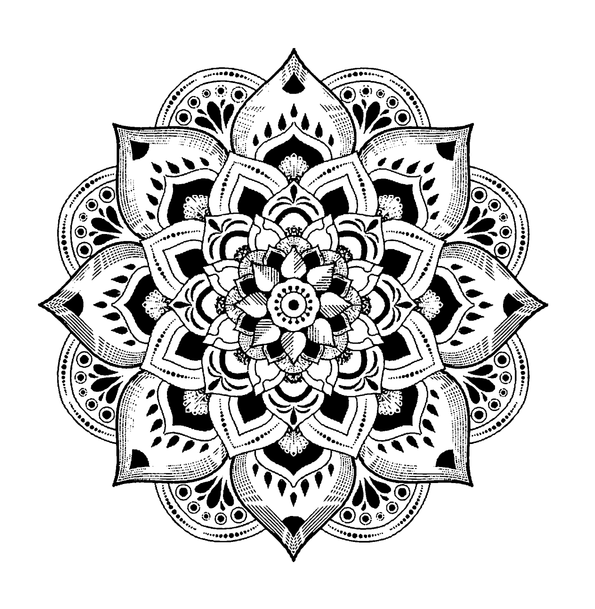




كتاب الإقرار

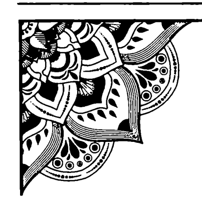












كتاب الإقرار

رجل قال لآخر: أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت عندي، وقال المقر له: بل أخذتها غصبًا: فالقول قول المقر له مع اليمين، والمقر ضامن، إلا أن ينكل المقر له عن اليمين؛ لأن المقر أقر بسبب الضمان وهو الأخذ؛ لقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى ترد»[1] ثم بقوله: وديعة عندي يدعي براءته عن الضمان، فلا يصدق.

ولو قال: أعطيتني ألف درهم وديعة، وقال الآخر: أخذتها غصبًا: فالقول قول المقر مع اليمين؛ لأنه ما أقر بالفعل من نفسه حيث أضاف الفعل إلى المقر له، فلم يكن مقرًا بسبب الضمان إلا أن ينكل عن اليمين فحينئذٍ يضمن.

ولو كان في يده ألف درهم فقال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان، وأخذتها منه، وقال فلان: لا؛ بل هي مالي أخذتها مني: يؤمر بالرد إلى فلان؛ لأنه لما أقر بأنها كانت في يده، فقد أقر بأنها ملكه، ثم بقوله: كانت وديعة عنده لي يدعي الاستحقاق عليه: فلا يصدق إلا بحجة.

ولو كان في يده ثوب، أو دابة، فقال: أعرت هذا الثوب، أو هذه الدابة لفلان، أو أجرته منه، فلبس، أو ركب، ثم ردها على فلان، وقال فلان: هو دابتي، فعلى قول أبي يوسف ومحمد: القول قول فلان، ويؤمر الذي في يده أن يرده على فلان؛ لأنه أقر باليد له، ثم يدعي الاستحقاق عليه كما في الوديعة.

---

(١) أخره أبو داود برقم: (٣٥٦١)، والترمذي برقم: (١٢٦٦)، والنسائي في سننه الكبرى برقم: (٥٧٥١)، وابن ماجه برقم: (٢٤٠٠).

وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: القول قول المقر.

والفرق له بين هذا، وبين ما تقدم، وهو: أن ثمة أقر بسبب وجوب الرد وهو الأخذ، أما هنا بدأ ببيان اليد، وهو قوله: أعرتها منه، ثم أعادها إليَّ فلان، والإعارة من باب الارتفاق، وكذلك الإجارة تغلب بين العوام، فلو لم يُقبل قول المعير بعد الرد إليه يتحرز عن الإعارة والإجارة؛ كيلا يصير ماله بعرض الهلاك فتختل حاجة الناس.

رجل قال: لفلان عليَّ ألف درهم من ثمن متاع، أو قرض، ثم قال بعد زمان: هي زيوف أو نبهرجة: لم يصدق بالاتفاق؛ لأن الدراهم في مطلق العقد تنصرف إلى السليم عن عيب الزيافة، فكان دعوى الزيافة بيانًا مغيرًا فيصح موصولًا لا مفصولًا.

وإن ذكره موصلًا بأن قال: لفلان عليَّ ألف درهم زيوف، أو قال: أقرضني فلان ألف درهم زيوفًا، أو قال: لفلان عليَّ ألف درهم من ثمن متاع أو قرض إلا أنها زيوف موصولًا: صدق عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن بيان التغيير يصح موصلًا؛ كقوله: أنت طالقٌ إن دخلت الدار، أو قال: إن شاء الله، إن وصل: صح الشرط والاستثناء، وإلا فلا.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يصدق؛ لأن مطلق الدراهم في العقد يتناول الجياد، فإذا قال: زيوف فقد رجع عن بعض ما أقر، فلا يصدق؛ كما لو قال: بعت منك هذا العبد معيبًا، وقال المشتري: بعتنيه سليمًا: فالقول قول المشتري، ولا يصدق البائع وإن وصل؛ لما ذكرنا أن مطلق العقد يتناول السليم، كذا هنا.

وكذا على هذا الخلاف إذا قال: إلا أنها ستوقة موصولًا؛ لأن الدراهم تتناول الستوقة مجازًا، فعندهما: يصدق، وعنده: لا يصدق.

ولو قال: غصبت منك ألف درهم، أو قال: أودعتني ألف درهم، ثم قال: إنها زيوف: يصدق سواء وصل أو فصل؛ لأنه ليس هنا عقد يقتضي السلامة عن العيب والغصب

والإيداع كما يكون للجياد يكون للزيوف، وقد أنكر القبض فيما سواه، فيكون القول قوله، كما لو غصب ثوبًا، أو أودع عبده ثوبًا فرده، ثم قال: كان معيبًا كان القول قوله.

ولو قال: لفلان عليَّ ألف درهم من ثمن متاع أو قرض، أو قال: غصبت منه ألف درهم، أو أدعني ألف درهم إلا أنه ينقص مائة: إن وصل يصدق، وإلا فلا؛ لأن هذا استثناء البعض من الكل، وأنه يصح موصولًا لا مفصولًا.

ولو انقطع نفسه فتنفس، ثم وصل الاستثناء صح الاستثناء؛ لأنه موصول معنى باعتبار الضرورة.

رجل مات وله على رجل مائة درهم، ولـه ابنان، فقال أحدهما: قبض أبي خمسين: صح إقراره في حق نفسه في نصيبه وهو خمسون؛ لأن له ولاية على نفسه فيجعل كأنه استوفى منها خمسين.

رجل قال: لفلانٍ عليَّ من درهم إلى عشرة، أو ما بين درهم إلى عشرة: فعليه تسعة، ولو قال: من عشرة إلى عشرين: فعليه تسعة عشر في قول أبي حنيفة رحمه الله.

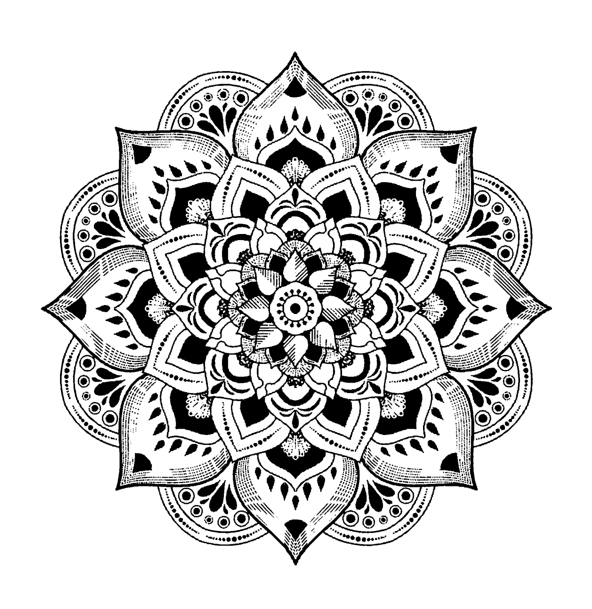
وقالا: عليه المذكور وهو العشرة في الوجه الأول، والعشرون في الوجه الثاني.

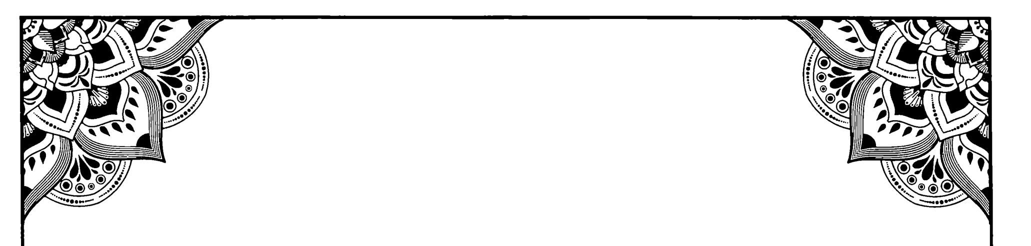
وعند زفر: ثمانية في الوجه الأول، وتسعة في الوجه الثاني.

ولو قال: له من داري من هذا الحائط إلى هذا الحائط، أو ما بين هذين الحائطين فليس يدخل من الحائطين شيء.

والحجج قد مرت في كتاب الطلاق، والله أعلم.

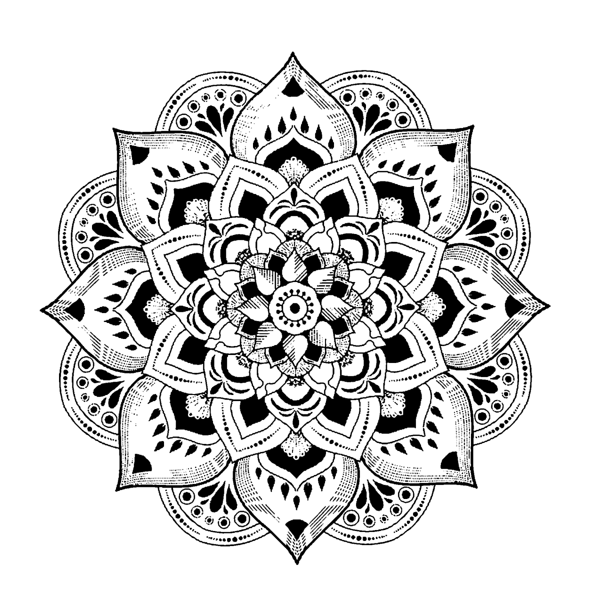


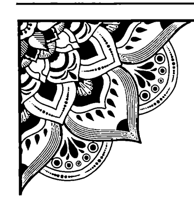




كتاب الصلح



كتاب الصلح

رجلٌ له على رجلٍ ألف درهم حالة قال: ادفع إليَّ خمسمائة غدًا على أنك بريء من الفضل: فهو بريء من الفضل إن أدى إليه الخمسمائة غدًا، وإن لم يؤدِ: عاد الألف عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول أبي يوسف رحمه الله: لا يعود.

وجه قوله: أنه شرط شرطًا هو ثابت بدون الذكر، وهو أداء الخمسمائة غدًا؛لأن الأداء واجب في الحال وفي الغد على سبيل التعجيل فيلغو ذكر هذا فبقي الإبراء مطلقًا.

ولهما: أن البراءة حصلت مقيدة بشرط أداء الخمسمائة غدًا، فإذا فات الشرط تبطل البراءة، وعاد الألف كالحوالة لما كانت براءة المحيل مقيدة بشرط سلامة الدين من ذمة المحتال عليه، فإذا فات الشرط بموت المحال عليه مفلسًا عاد الدين إلى ذمة المحيل، وكما لو قال: أبرأتك عن الخمسمائة بشرط أن تعطيني بالباقي اليوم كفيلًا، أو رهنًا فلم يعطه حتى مضى اليوم: عاد عليه الألف، كذا هنا.

ولو قال: أبرأتك عن الخمسمائة على أن تؤدي إليَّ الخمسمائة ولم يؤقت وقتًا فهو برئ من الخمسمائة سواء أدى إليه الخمسمائة، أو لم يؤدِ بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنه شرط شرطًا ثابتًا بدون الذكر وهو الأداء مطلقًا، والأداء واجب عليه بدون الشرط، فلغا الشرط وبقيت البراءة مطلقًا، بخلاف الوجه الأول على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه ثمة وقت لأداء الخمسمائة وقتًا وهو الغد والأداء لم يكن مختصًا بالغد، فإذا خصه بوقت لا بد أن يتعلق به مصلحة تختص بالأداء في ذلك الوقت، فتتقيد البراءة في ذلك الوقت الخاص، فإذا فات الشرط المرغوب في حق المعلق لم يكن راضيًا بالبراءة عن

الفضل على الخمسمائة فتبطل البراءة.

أما في الوجه الثاني ذكر الأداء مطلقًا والأداء مطلقًا ثابت بدون الشرط، فلغا الشرط وبقيت البراءة مطلقة.

ولو قال: أدى إليَّ خمسمائة غدًا وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تؤد غدًا، فالألف عليك عليَّ حاله، فإن أدى الخمسمائة غدًا فهو بريء من الخمسمائة الباقية، فإن لم يؤدي فالألف على حاله؛ لأنه صرح على تقييد البراءة بشرط أداء الخمسمائة غدًا فتقيد بهذا الشرط، فإن فات هذا الشرط عاد الألف عليه كما لو قال: بعت منك هذا العبد بكذا على أنك إن لم تنقد الثمن غدًا فلا بيع بيننا فلم ينقد الثمن غدًا انفسخ البيع، كذا هنا تنفسخ البراءة وتعود الألف.

عبد مأذون له قتل رجلًا عمدًا فصالح العبد ولي المقتول عن رقبته على مال: لم يجز؛ لأن رقبته ليست من كسبه؛ ألا ترى أنه لم يملك بيع رقبة نفسه فكان ولاية التصرف في رقبته إلى المولى لا إليه.

ولو قتل عبد هذا العبد رجلًا عمدًا فصالح العبد ولي القتيل على مال: صح؛ لأن عبده كسبه، وولاية التصرف فيه إليه، وعبده صار مستحق الهلاك، فهو بالصلح يصير كأنه يشتريه فيملك ذلك.

رجل غصب ثوبًا هرويًا فاستهلكه وقيمة الثوب خمسون درهمًا فصالحه على مائة درهم: جاز الصلح عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يبطل الفضل وهو خمسون؛ لأن حق صاحب الثوب تعين في القيمة، وهو خمسون، فإذا صالحه على مائة، فصار كأنه باع الخمسين بمائة فيكون ربًا فيبطل الفضل إلا إذا كان يسيرًا يتغابن الناس في مثله، فحينئذٍ لا يعتبر وصار كما لو قضى القاضي على



الغاصب بقيمته فصالحه على مائة: لا يجوز، كذا هنا، وصار كما لو باع عبدًا بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر، فصالح مع الشريك على أكثر من نصف قيمته: بطل الفضل بِالْإِجْمَاعِ، كذا هنا.

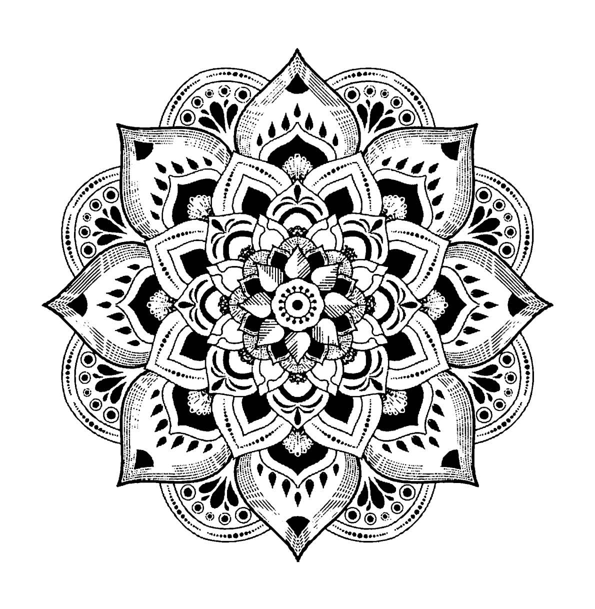
ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أن حق صاحب الثوب في عين الثوب قائم؛ ألا ترى أن له أن يأخذ القيمة من الغاصب ويستبقي ملكه في الثوب، ويظهر أثر قيام ملكه في الثوب في حق الخصومة في عين الثوب، وفي حق جواز الصلح عنه.

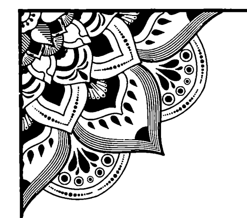
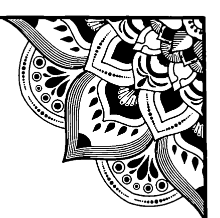
والدليل عليه: أنه لو صالح مع الغاصب عن الثوب على كر حنطةٍ بغير عينها وقبض الكر في المجلس يصح الصلح، ولو كان الصلح عن القيمة كان ذلك شراء الحنطة بغير عينها بالقيمة فيكون سلمًا حالًا، وأنه لا يجوز، فثبت أن ملك صاحب الثوب في عين الثوب قائم فيكون صلحًا عن الثوب لا عن القيمة، فلا يكون ربًا، بخلاف ما إذا قضى القاضي بالقيمة؛ لأنه نقل حقه عن الثوب إلى القيمة.

وبخلاف العبد المشترك؛ لأن ثمة تعين حق الساكت في القيمة؛ ألا ترى أن العبد لو أدى السعاية إلى الشريك الساكت، أو المعتق إذا أدى الضمان ليس له أن لا يقبل ليبقى حقه في عين العبد فتعين استيفاء القيمة، فالصلح على أكثر من نصف قيمته يؤدي إلى الربا فبطل الفضل إلا إذا كان يسيرًا على ما مر.

رجل قال لآخر: لا أقر لك بما تدعي حتى تؤخرني سنة، أو تحط عني بعض المال فأخره أو حط عنه صح التأجيل والحط؛ لأنه غير مكره في ذلك؛لأن الإكراه يكون بالعقوبة أو الحبس ولم يوجد، والله تعالى أعلم بالصواب.

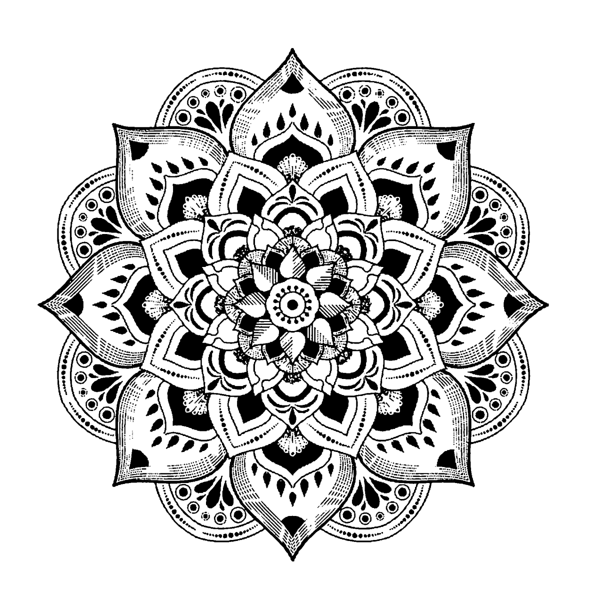


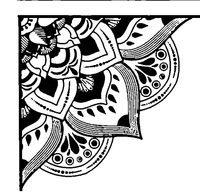
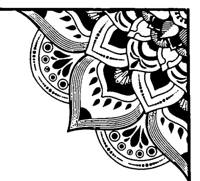


كتاب المضاربة



كتاب المضاربة

المضاربة أدان دينًا ـ يريد به: إذا كان له ديون على الناس بسبب التجارة ـ **فإن كان في المضاربة ربح فإنه يجبر على التقاضي**؛ لأنه بمعنى الأجير.

وإن لم يكن فيه ربح: لا يجبر؛ لأنه متبرع؛ **لكن إذا امتنع عن التقاضي يقال له: أجل رب المال أي وكله**؛ لأن الحوالة تستعمل مكان الوكالة؛ لما فيه من نقل المطالبة.

وكذلك كل وكيل بالبيع لا يجبر على الاستيفاء أو يحيل الموكل على المشتري؛ لأن العهدة على العاقد فيوكله بقبض الثمن لتصح مطالبته.

أما البياع والسمسار يجبر على الاستيفاء؛ لأنه وكيل بأجر ويجعل بمنزلة الإجارة الصحيحة؛ لعرف الناس.

مضارب معه ألف درهم بالنصف اشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها المضارب، فجاءت بولد يساوي ألفًا، فادعى المضارب نسب الولد: لم تنفذ دعوته في الحال لكنه موقوف؛ لأنه لا ملك للمضارب في الولد ولا في الجارية؛ لأن كل واحد منهما مشغول برأس المال ويجعل كل واحد كأنه انفرد ليس معه غيره؛ ألا ترى أنه لو اشترى بألف عبدين قيمة كل واحد مثل رأس المال لا يظهر الربح، ويجعل كل واحد مشغولًا برأس المال؛ لأنه يحتمل أنه يهلك أحدهما فيتعين الآخر لرأس المال؛ لكن دعوة النسب لم تبطل؛ لأنه لا يحتمل البطلان، فبقيت الدعوة، فإذا بلغت قيمة الغلام ألفًا وخمسمائة الآن ظهر الربح، وهو

خمسمائة فنصفه للمضارب فقد ملك المضارب شيئًا من الولد، فنفذت دعوته، وعتق نصيبه من الولد، وفسد نصيب صاحب المال فيستسعي صاحب المال الولد في ألف ومائتين وخمسين، ألف من ذلك من رأس المال ومائتان وخمسون من الربح، وليس له أن يضمن المضارب شيئًا وإن كان موسرًا؛ لأن فساد نصيب صاحب المال إنما كان بسبب عتق نصيب المضارب، وعتق نصيبه باعتبار ازدياد قيمة الولد، وذلك لم يكن بصنع من جهة المضارب، فتعين الاستسعاء، وإذا أخذ صاحب المال ألفًا ومائتين وخمسين ألف رأس ماله ومائتان وخمسون ربح، ظهر أن الأم كلها ربح، ونصفها للمضارب، فصارت الجارية أم ولد للمضارب، وضمن نصف قيمتها لصاحب المال موسرًا كان أو معسرًا؛ لأنه ضمان تملك فلا يفتقر إلى الصُنع من جهته، بخلاف ضمان العتق؛ لأنه ضمان إتلاف فلا بد له من الصُنع ولم يوجد هنا.

مضارب معه ألف بالنصف فاشترى بها بزًّا وباعه بألفين، ثم اشترى بالألفين عبدًا، فضاع الألفان قبل أن ينقد الثمن للبائع: فألف وخمسمائة على صاحب المال وخمسمائة على المضارب من ثمن العبد؛ لأن العبد كان بينهما أرباعًا ربعه للمضارب فثمنه يكون عليه، وثلاثة أرباعه لصاحب المال فثمنه يكون على صاحب المال؛ لكن المطالب به هو المضارب؛لأنه هو العاقد فيؤدي، ثم يرجع به على صاحب المال، وخرج ربع العبد من المضاربة؛ لأن المضارب ضمن قيمته من مال نفسه، ومال المضاربة أمانة فيكون الضمان منافيًا له، وبقي ثلاثة أرباعه على المضاربة، وصار رأس مال صاحب المال ألفين وخمسمائة؛ لكن المضارب يبيعه مرابحة على ألفين؛ لأنه اشتراه بألفين.

مضارب معه ألف بالنصف اشترى به عبدًا قيمته ألفان، فقتل العبد رجلًا خطأ، تخير صاحب المال والمضارب بين الدفع، والفداء فإن اختار الفداء، فالفداء عليهما

أرباعًا ربعه على المضارب وثلاثة أرباعه على صاحب المال؛ لأن العبد بينهما كذلك، وخرج العبد كله عن المضاربة.

أما نصيب المضارب فظاهر.

وأما نصيب صاحب المال؛ لأن العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما فهما بالفداء كأنهما اشترياه فيخدم للمضارب يومًا ولصاحب المال ثلاثة أيامٍ.

المضارب إذا دفع من مال المضاربة شيئًا إلى صاحب المال ليبيع ويشتري: جاز؛ لأن صاحب المال أجنبي في حق ملك التصرف فيصح توكيل المضارب إياه كما وكل أجنبيًا آخر، بخلاف ما إذا دفع المضارب المال إلى رب المال مضاربة بالنصف حيث لا تصح المضاربة الثانية؛ لأن المضاربة عقد شركة وهو أن يكون المال من الدافع، والعمل من المضارب، والربح على الشركة، وهنا لو صح دفع المال إلى صاحب المال مضاربة كان المال من صاحب المال، وكذلك العمل منه فلم يكن مضاربة؛ لكن يكون توكيلًا بالتصرف فصح التوكيل وبطلت المضاربة.

ولو شرط المضارب العمل على صاحب المال وقت العقد: لم تصح المضاربة؛ لأن هذا الشرط يمنع التخلية والتسليم إلى المضارب، وتسليم رأس المال إلى المضارب شرط صحة المضاربة.

المضارب إذا سافر بمال المضاربة فنفقته وكسوته وركوبه في مال المضاربة؛ لأنه احتبس لعمل المضاربة وصار كالقاضي نفقته في مال بيت مال المسلمين؛ لأنه محبوس لعملهم.

ولو تصرف في مصره، أو خرج خروجًا يبيت بأهله: فنفقته في مال نفسه؛ لأنه غير محبوس بعمل المضاربة، فإنه يمكنه إعمال نفسه متى شاء.

وإن خرج خروجًا لا يمكنه أن يبيت بأهله: فنفقته في مال المضاربة.

وأراد بالنفقة الطعام والشراب والكسوة والركوب أما الدواء في مال نفسه؛ لأنه لا يحتاج إليه غالبًا.

وفي رواية الحسن: الدواء في مال المضاربة، وهو نظير المرأة نفقتها في مال الزوج، ودواؤها في مال نفسها، وكذلك نفقة المرهون على الراهن ودواؤه على المرتهن.

وما أنفق المضارب على نفسه لم يلحق برأس المال، وما أنفق في الكراء والحملان وقصارة الثياب ونحوه يلتحق برأس المال.

اعتبارًا للعادة.

وكذلك الشريك شركة عنان إذا سافر بمال الشركة فنفقته في مال الشركة.

محفوظ عن محمد.

ولو اشترى المضارب جميع رأس المال ثيابًا، ثم حملها بمائة من عنده، أو قصرها، وقد قيل له: أعمل برأيك: فهو متطوع ولا يرجع بذلك في مال المضاربة إلا إذا أمره رب المال بذلك نصًا؛ لأنه استدانة على رأس المال فربما يستغرق ذلك جميع رأس المال فيكون ضررًا بصاحب المال فلا يلزمه إلا إذا رضي به صريحًا لكن ينبغي أن يشتري ببعض رأس المال الثياب ويصرف البعض إلى الكراء.

ولو صبغها صار شريكًا يقدر الصبغ؛ لأنه لما قال له: اعمل برأيك، فيملك خلط مال نفسه بمال المضاربة، فلم يصر ضامنًا بخلط الصبغ في الثياب، فيقسم الثمن على قيمة الثوب أبيض، وعلى قيمته مصبوغًا، فما أصاب الصبغ يكون للمضارب، وما أصاب الثوب الأبيض يكون مال المضاربة.

ولو قصرها: لا يكون شريكًا فيه؛ لأنه ليس فيه مال قائم؛ لأن القصارة ليس إلا التزيين.

ولو لم يقل له: اعمل برأيك يصير ضامنًا الثوب بالصبغ فصاحب المال بالخيار: إن شاء أجاز صبغها ويصير شريكًا بقدر الصبغ، وإن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض والثوب للمضارب.

ثم المضارب يملك الإيداع، والإبضاع، والإجارة، والاستئجار، والرهن، والارتهان بمطلق عقد المضاربة؛ لأن هذه الأشياء من توابع التجارة.

ولا يملك أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه أو بمال غيره، وأن يدفع مال المضاربة إلى غيره مضاربة إلا إذا قال له: اعمل رأيك؛ لأنه رضي بشركته لا بشركة غيره.

ولا يملك الاستدانة، والإقراض إلا إذا أمره به صريحًا.

والاستدانة ما ذكرنا أن يحملها، أو يقصرها بمال نفسه ليصير ذلك دينًا له في مال المضاربة فلا يملك ذلك؛ لأنه تصرف بغير رأس المال.

مضارب شرط لنفسه نصف الربح وزيادة عشرة دراهم، أو شرط رب المال لنفسه ذلك: فالمضاربة فاسدة؛ لأن الربح ربما لا يكون فوق العشرة فيؤدي هذا الشرط إلى قطع الشركة في الربح.

وإذا فسدت المضاربة فجميع الربح يكون لرب المال، وللمضارب أجر مثل عمله كما في الإجارة الفاسدة.

مضارب شرط عليه أن يبيع ويشتري بالكوفة: صح هذا الشرط، حتى لو خرج بمال المضاربة إلى السفر فهلك المال يصير ضامنًا.

وكذلك إذا ذهب إلى البصرة واشترى بها متاعًا: ضمن؛ ليكون الشرط مفيدًا.

رب المال إذا قال للمضارب: اعمل برأيك فما ربحت من شيء فبيننا نصفان، فدفع المضارب إلى آخر مضاربة بالنصف فربح المضارب الثاني: فنصفه للثاني،

والنصف الآخر بين صاحب المال وبين المضارب الأول؛ لأن صاحب المال شرط لنفسه نصف ربح مضافًا إلى المضارب الأول، والمضاف إلى المضارب الأول نصف الربح فيكون ما حصل للأول بينه وبين صاحب المال نصفان.

ولو قال: ما رزق الله سبحانه وتعالى من ربح فبيننا نصفان، والمسألة بحالها: فنصف الربح للثاني، والنصف لصاحب المال، ولا شيء للمضارب الأول؛ لأن صاحب المال شرط لنفسه نصف الربح مطلقًا، ولا يكون كذلك الأولان يجعل ما شرط الأول للثاني في نصف الربح مصروفًا إلى نصيبه خاصة.

وإذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة، وشركة المفاوضةهـي: أن يكون رأس المال كل واحد منهما على السواء؛ لأنه ينبئ على المساواة، يقال: قوم فوضى أي يساوى بعضهم بعضًا، فإن زاد رأس المال أحدهما من جنس ما يصلح رأس مال من الدراهم أو الدنانير بهبة أو ميراث: لا يبقى مفاوضة، ويصير شركة عنان، ويصير كل واحد وكيلًا عن صاحبه بالتصرف في نصيبه كفيلًا عن صاحبه فيما يلحقه من ضمان التجارات.

ولا مفاوضة إلا بين حرين عاقلين بالغين حتى لا تصح بين عبدين، أو مكاتبين، أو بين حر وعبد، أو مكاتب، أو صبي؛ لأن كفالة العبد والمكاتب لا تصح فلم يكونا سواء.

وتصح مفاوضة الذميين؛ لاستوائهما.

ولا تصح مفاوضة المسلم والذمي؛ لعدم الاستواء، فإن المسلم لا يملك التصرف في الخمر والخنزير والذمي يملك ذلك.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يصح.

فإن ورث أحد المتفاوضين عروضًا، أو وهب له: لم تَفْسُد المفاوضة؛ لأنه ليس من جنس رأس المال، ورأس المال في الشركات والمضاربات لا تصلح إلا الدراهم

والدنانير؛ لأنها لا تتعين في الشراء، وإنما يجب الثمن في ذمة المضارب، فلو حصل الربح بالشراء يكون الربح حاصلًا بثمن وجب في ذمته فيكون ربح ما ضمن لا ربح ما لم يضمن.

وغير المضروب لا يصلح رأس مال الشركة؛ لأنها تتعين بالتعيين.

فإذا اشترى شيئًا يتعين في التسليم ولا يجب ثمن ما اشترى في ذمته، فلو ربح يكون ربح ما لم يضمن؛ لأن رأس المال أمانة في يده.

وكذلك العروض لا تصلح رأس مال الشركة لهذا المعنى، ومعنى آخر وهو أن عند القسمة لا يعلم قدر رأس المال فلا يظهر الربح.

وعلى رواية كتاب الصرف: النقرة لا تتعين بالتعيين فيصلح رأس مال الشركة والمضاربة.

والـفلوس الرابحة لا تصلح رأس مال الشركة والمضاربة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله: يصلح؛ لأنه ثمن عنده، سلعة عندهما.

مضارب معه ألفان، فقال لصاحب المال: دفعت إليَّ ألفًا وربحت ألفًا، فهذا ألف بيننا نصفان، وقال صاحب المال: دفعت إليك ألفين مضاربة: فالقول قول المضارب، وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولًا: القول قول صاحب المال؛ لأن المضارب يدعي عليه الشركة في المال وهو منكر، ثم رجع إلى قولهما.

وجه قولهما: أن الاختلاف في مقدار المقبوض والربح بناء عليه، وفي الأصل وهو قدر المقبوض القول قول القابض اعتبارًا بالمودع والغاصب، وإذا صار القول قول المضارب في الأصل فيكون القول قوله في التبع أيضًا، وهو الربح؛ لأنه بناء عليه.

ولو قال رب المال: دفعت إليك ألفًا بضاعة، وقال الآخر: لا بل دفعت إليَّ مضاربة وقد ربح: فالقول قول صاحب المال؛ لأن ربح ما له تولد من ماله فيكون له باعتبار

الظاهر، والآخر يدعي فيه الشركة، وصاحب المال ينكر، فيكون القول قوله مع يمينه.

مضارب معه ألف اشترى بها عبدًا وقبض العبد، ولم ينقد الثمن حتى ضاع: رجع على صاحب المال بألف آخر، فإن ضاعهـذا الألف أيضًا: رجع بألف آخرهـكذا مرة بعد أخرى، ويكون رأس المال جميع ما دفع إليه رب المال فما لم يفصل عن ذلك شيء لا يكون ربحًا؛ لأن ما يقبض المضارب من صاحب المال في كل مرة أمانة في يده؛ لأن المضاربة منافية للضمان؛ لأن مبناها على الأمانة فيكون الضمان منافيًا لها؛ ولقول علي رضي الله عنه: «لا ضمان على من قاسم الربح»[1]، وهلاك الأمانة في يد الأمين كهلاكه في يد صاحب المال فيرجع في كل مرة؛ لهذا فرق بين هذا، وبين الوكالة.

فإن وكل إنسانًا بشراء عبد بعينه بألف، ونقد الألف إليه، فاشترى الوكيل وهلك الألف في يده: يرجع على الموكل بألف آخر، ولو هلك الألف الثاني: لم يرجع بعد ذلك على الموكل بشيء؛ لأن الألف الأول كان أمانة في يد الوكيل.

فإذا هلك في يده بعد الشراء فقد هلك أمانة، فيرجع على الموكل بألف آخر.

ولو هلك الألف الثاني: لم يرجع بعد ذلك؛ لأنه بالشراء صار بائعًا العبد من الموكل، واستوجب الثمن عليه، فإذا قبض ألفًا بعد الشراء فقد استوفى حقه؛ لأنه مقبوض بجهة الثمنية، والمقبوض بجهة الثمنية مضمون على القابض ليلتقيا قصاصًا، والضمان لا ينافي الوكالة؛ ألا ترى أن الغاصب إذا وكل ببيع المغصوب صار وكيلًا، ويكون المغصوب مضمونًا في يده حتى لو هلك في يده يجب الضمان عليه، وإذا ثبت أن الضمان لا ينافي الوكالة كان المقبوض بعد الشراء مضمونًا عليه، وصار مستوفيًا حقه بطريق المقاصة فلا يبقى له رجوع على الموكل بخلاف المضاربة؛ لأن الضمان يكون منافيها على ما مر.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف برقم: (١٥١١٣)، وابن أبي شيبة برقم: (٢١٤٥٦).

ولو لم ينقد الموكل الألف إلى الوكيل حتى اشترى العبد، ثم قبض الألف من الموكل وهلك في يده: لا يرجع على الموكل بشيء؛ لأنه بقبض الألف بعد الشراء صار مستوفيًا حقه على ما مر أن المقبوض بعد الشراء مضمون في يده، فلا يكون له رجوع بعد ذلك.

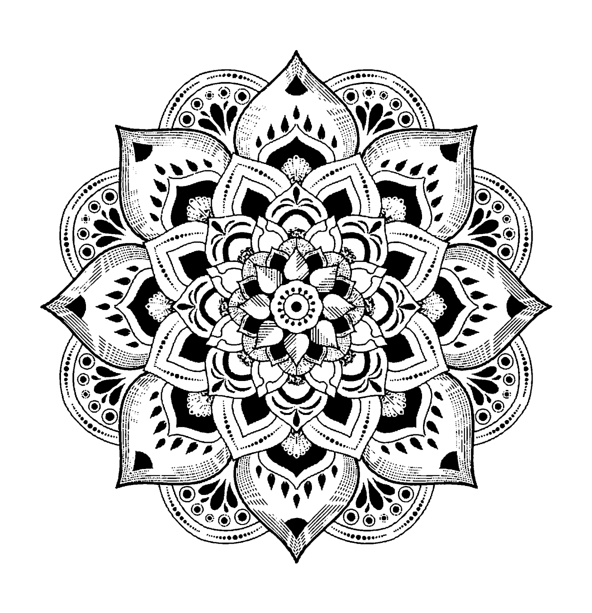
بخلاف المقبوض قبل الشراء؛ لأنه أمانة على ما مر.

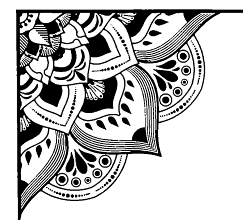
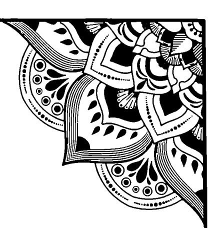
ولو شرط صاحب المال أن يعمل عبده مع المضارب، ويكون ثلث الربح لصاحب المال، والثلث للعبد، والثلث للمضارب: صح؛ لأن هذا الشرط لا يمنع تسليم رأس المال إلى المضارب؛ لأن العبد المأذون له يد معتبرة؛ ألا ترى أن المولى لا يملك أن يسترد المال من يده، ولا يسترد وديعة عبده من يد مودعه.

بخلاف اشتراط عمل رب المال؛ لأنه يمنع التسليم على ما مر.

ثم ذكرنا مسائل المرابحة، وقد مرت في كتاب البيوع في باب المرابحة، والله أعلم.

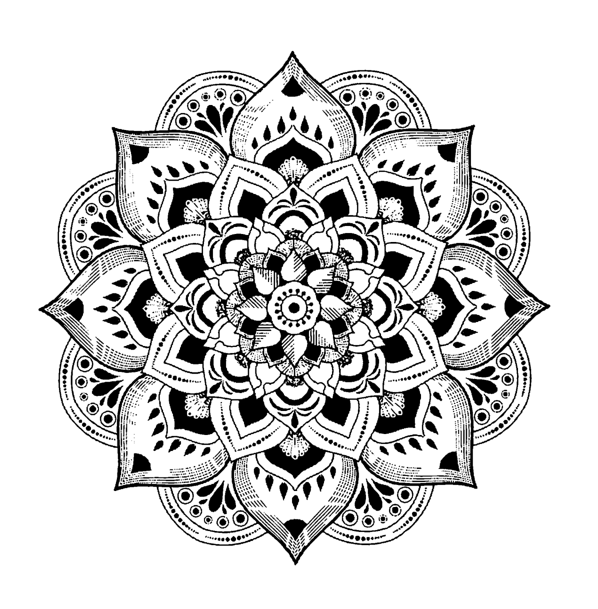


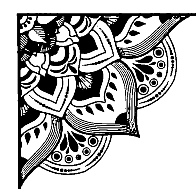
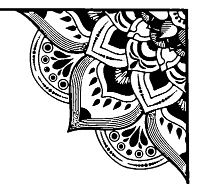


كتاب الوديعة



كتاب الوديعة

رجل في يده ألف درهم ادعاها رجلان كل واحد يدعي أن الألف له، فإنه يحلف لهما، فإن نكل لهما: فالألف بينهما، وعليه ألف آخر بينهما أيضًا؛ لأنه أقر لكل واحد بألف.

وإن نكل لأحدهما وحلف للآخر: فالألف للذي نكل له، ولا شيء للآخر، وإن حلف لهما: فلا شيء لهما.

وإذا حلف لأحدهما ونكل ينبغي للقاضي أن لا يقضي حتى يحلفه للآخر ليظهر وجه الحكم، فإذا حلفه للآخر ونكل أيضًا فالألف بينهما، وعليه ألف آخر بينهما كما إذا نكل لهما جملة.

وإن قضى القاضي بالألف للذي نكل له أولًا، ثم حلف للثاني، ونكل له: لم يذكر في الكتاب وينبغي أن يكون الألف بينهما، وعليه ألف آخر بينهما؛ لأن نصابه للأول لا يبطل حق الثاني في الألف القائم.

وللمودع أن يخرج بمال الوديعة حيث يذهب عندنا؛ خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأنه مأمور بالحفظ مطلقًا وقد حفظه؛ لأن الطريق إذا كان آمنًا كان متمكنًا من الحفظ.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله: له أن يخرج به سواء كان له حملٌ ومؤنةٌ أو لم يكن بعدت المسافة أو قصرت؛ عملًا بإطلاق اللفظ.

وعند أبي يوسف رحمه الله: إن لم يكن له حمل فكذلك، وإن كان لها حمل ليس

له أن يسافر بها؛ لأنه يلزم صاحبها مؤنة الرد من مكان بعيد، وهو لم يلتزم ذلك.

وعند محمد رحمه الله: إن قربت المسافة له أن يخرج به سواء كان له حملٌ ومؤنةٌ أو لم يكن وإن بعدت ليس له ذلك؛ لأنه إذا بعدت المسافة يفوت عليه إمكان الأخذ متى شاء، وهذا إشارة أن العبد مقدر بما يفوت به الأخذ متى شاء.

ولو كان المودع أمره بالحفظ في المصر: ليس له أن يخرج به؛ لأن التقييد مفيد فصح، فلو خرج به فهلك صار ضامنًا.

وأجمعوا أن للوصي أن يسافر بمال التركة؛ لأن ولايته أعم.

وللمودع أن يحفظ الوديعة بيد من في عياله؛ لأنه معهود في الحفظ فيكون الإيداع إذنًا له بذلك دلالة.

ولو نهاه أن يدفع إلى عياله إن لم يكن له بُدٌّ من ذلك بأن كان شيئًا لا يمكنه أن يمسكه مع نفسه كالدابة ونحوه لا يصح النهي؛ لأنه لا يمكن العمل به.

وإن كان شيئًا له منه بُدٌّ: يضمن؛ لأن النهي مفيد والعمل به ممكن فصح النهي.

وله أن يحفظه الوديعة حيث شاء في بيته وحانوته في كل مكان يحفظ ماله فيه عادة.

عملًا بإطلاق اللفظ.

وإن أمره أن يحفظه في دارٍ ونهاه عن دارٍ: صح التقييد؛ لأن الدور مختلفة تتفاوت في الحفظ.

ولو كان بيتًا في داره فأمره بأن يحفظه في هذا البيت ونهاه عن بيت آخر: لم يصح النهي؛ لأنهما لا يتفاوتان في الحفظ حتى لو تفاوتا بأن كان البيت الذي نهاه عنه له عورة فوضع فيه وضاع: ضمن.

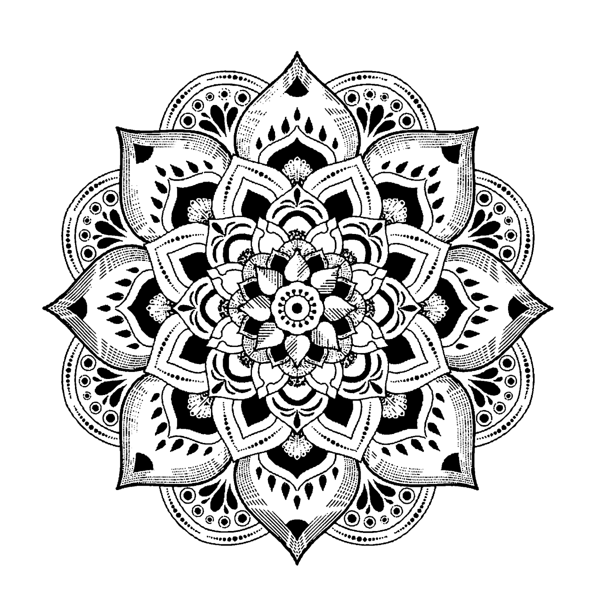
ثلاثة استودعوا رجلًا ألف درهم، فغاب اثنان: فللحاضر أن يطلب نصيبه عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كما في الدين.

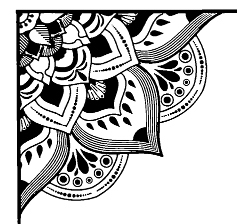
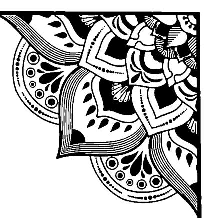
وعند أبي حنيفة رحمه الله: ليس له ذلك؛ لأن نصيبه لا يتميز إلا بالقسمة، والقسمة باطلة بِالْإِجْمَاعِ حال غيبة الشريك بخلاف الدين؛ لأن المديون يقضي من مال نفسه فيصح، أما في الوديعة يسلم مال غيره فلم يصح.

رجل أودع رجلًا ألفًا فأودعه غيره فهلك، قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يضمن المالك أيهما شاء؛ لأن الأول صار ضامنًا بالدفع، والثاني بالأخذ، وصار كمودع الغاصب غير أنه إن ضمَّن الأول لا يرجع به على الثاني، وإن ضمَّن الثاني رجع به على الأول؛ كمودع الغاصب.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: للمالك أن يضمَّن الأول، وليس له أن يضمَّن الثاني؛ لأن الأول لا يصير ضامنًا بدفع المال إلى الثاني؛ ألا ترى أن الثاني لو كان حاضرًا عنده لم يضمن الأول؛ لأنه لم يفت حفظه، فلم يكن الثاني آخذًا المال من يد الضامن؛ لكن الأول إنما يضمن لمفارقته عن الثاني؛ لكونه تاركًا للحفظ، ولم يوجد من الثاني ترك الحفظ، فكان الضمان على الأول دون الثاني، والله تعالى أعلم بالصواب.

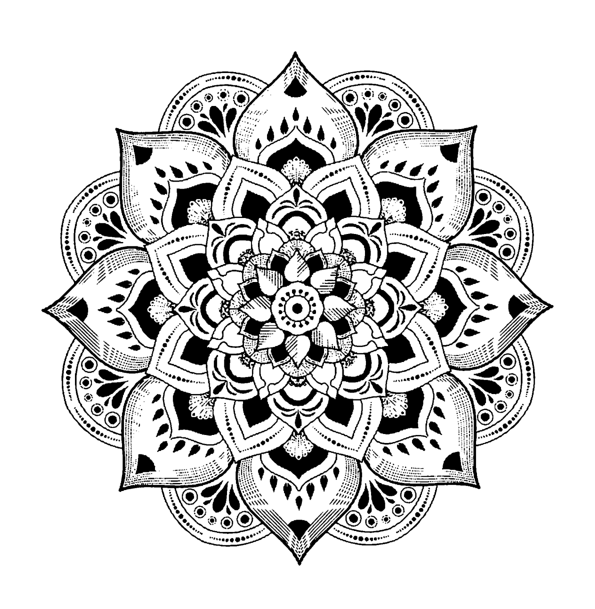


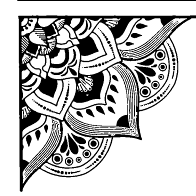


كتاب العارية




كتاب العارية[1]

الإعارة تمليك المنافع بغير عوض عندنا.

وعند الشافعي: إباحة المنافع[2].

ولنا: أن الإعارة تنعقد بلفظ التمليك، فإنه إذا قال: ملكتك منافعهـذه الدار شهرًا يصح ويكون إعارة؛ وهذا لأن الحاجة ماسة إلى تمليك المنفعة بغير عوض، كما أن الحاجة ماسة إلى تمليك العين بغير عوض، وليس ذلك إلا الإعارة.

ويبتني على هذا الأصل أن المستعير يملك الإعارة من غيره عندنا.

وعند الشافعي: لا يملك.

وأجمعوا أنه لا يملك الإجارة من غيره، حتى لو أجر من غيره وهلك: ضمن

---

(١) **العاريّة**: عقد مستحب وفعل مندوب إليه؛ لأنّ فيه قضاء حاجة أخيه المسلم، وقد ندب صاحب الشّرع إلى ذلك بقوله عليه السّلام: «الله في عون العبد ما كان في عون أخيه».
وقد ذم الله قومًا على ترك ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾ [الماعون:٧] على ما فسره بعض أهل التفسير.
وهي في الأصل مشتقة من التعاور وهو التداول يقال: تعاورنا الكلام بيننا؛ أي تداولناه، فسمي العقد به؛ لأنّه تداول العين وتدافعها من يد إلى يد.
دلّ على شرعيّتها واستحبابها قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة:٢].
وقوله عليه السّلام «العاريّة مردودةٌ».
وقد استحسن النّاس ذلك في سائر الأمصار والأعصار من غير نكير وما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسنٌ.

(٢) وفي الشرع: إباحة المنافع بشروط مخصوصة. حاشية الجمل على شرح المنهج: (٣/ ٤٥٢).

المستعير؛ لأن الإجارة لازمة فلو صحت لا يتمكن المعير من استرداده متى شاء، بخلاف الإعارة من غيره؛ لأنها غير لازمة فيتمكن من استرداده متى شاء.

رجل أعار دابة من إنسان ولم يسم وقتًا ولا انتفاعًا وقبضه المستعير: فله أن ينتفع به في أي وقت شاء، وفي أي منفعة شاء، إن شاء أركب بنفسه، وإن شاء أركب غيره، وإن شاء حمل عليها مقدار ما يحمل عليها في العرف عملًا بإطلاق اللفظ.

بخلاف ما إذا استعار دابة ليركب: حيث لا يكون له أن يركب غيره؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب، وأنه ملّكه منفعة ركوبه لا منفعة ركوب غيره بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة ملكه منفعة الدابة مطلقًا، فإذا أركب غيره فقد ميز جهة الانتفاع والمنتفع، والتعيين إليه حتى لو ركب بعد ذلك بنفسه وهلكت: ضمن،هكذا ذكر في بعض النسخ.

ولو استعارها ليحمل عليها طعامًا: فله أن يعير غيره ليحمل الطعام؛ لأن الناس لا يتفاوتون في حمل الطعام.

ولو استعارها إلى مكان معلوم، أو إلى وقت مخصوص فجاوز ذلك المكان أو ذلك القدر فهلكت: ضمن.

وليس للمستعير أن يودع العارية عند إنسان قصدًا؛ لأن العارية أمانة عندنا.

وليس للمودع أن يودع فكذلك المستعير.

وقال بعضهم: له ذلك، وهو اختيار الفقيه أبو الليث، والشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل، والشيخ الإمام الشهيد برهان الدين رحمة الله عليهم أجمعين، وإليه أشار محمد في كتاب العارية.

قال: **المعير إذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل يزعم أنه ملكه: فهو خصم، وإن قال: أودعنيها فلان الذي أعرتها منه: فليس بخصم.**

فهذا يدل على أن للمستعير أن يودع.

رجل استعار دابة، ثم ردها بيد عبده، أو يد أجيره، أو ردها إلى يد عبد صاحب الدابة أو أخبره فضاع: لم يضمن.

يريد بالأجير الذي استأجره مُسَانَهَةً أو مُشَاهَرَةً أما الأجير يومًا كالأجنبي؛ لأن المودع لو رد بيد هؤلاء، أو رد إلى يد هؤلاء يخرج عن العهدة، فكذا المستعير؛ وهذا لأن يد من في عياله كيده.

ولم يفصل في الكتاب بين العبد الذي لا يقوم على الدابة أو يقوم عليها.

ولو ردها إلى منزل صاحب الدابة أو إلى مربطه فضاع، القياس: أن يضمن، وفي الاستحسان: لا يضمن.

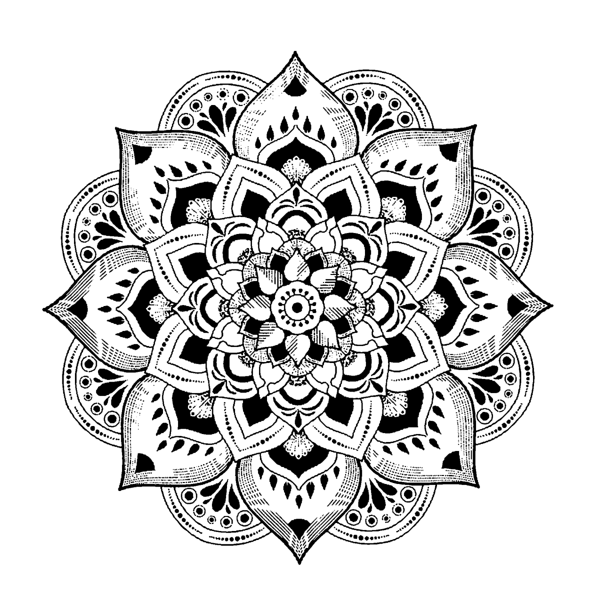
فإن ردها بيد أجنبي فضاع ضمن، وهذه المسألة تدل على أن المستعير لا يملك الإيداع قصدًا، كما ذكر في ظاهر الرواية.

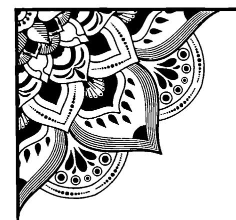
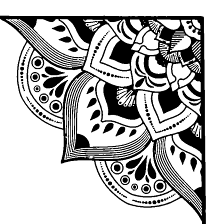
ومن قال بأنه يملك الإيداع: يؤل هذه المسألة بما إذا انتهت مدة الإعارة فيبقى مودعًا، والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق.

رجل استعار من آخر أرضًا بيضاء للزراعة، فكتب: إنك أطعمتني، وقال: أبو يوسف ومحمد: يكتب أعرتني؛ لأنه هو الموضوع للإعارة.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الزراعة يحتاج فيها إلى مدة مديدة ولفظ الإعارة لا يدل عليه، ولفظة الإطعام يدل عليه فكان أولى بالكتبة، والله تعالى أعلم بالصواب.

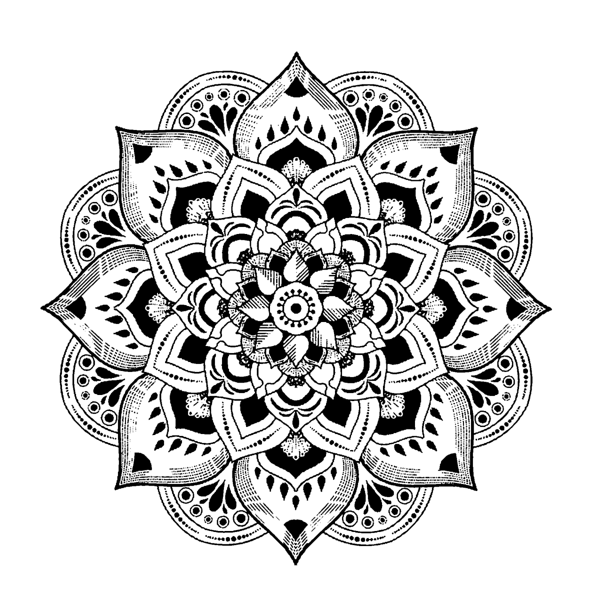




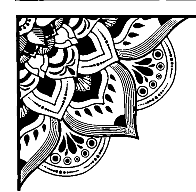



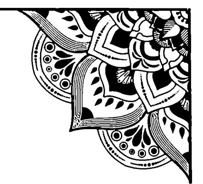
كتاب الهبة









كتاب الهبة(١)

رجل وهب لرجل عبدًا على أن يهبه عبدًا فهذه هبة ابتداء حتى لا تفيد الملك قبل القبض، والشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع ثبوت حكمه قبل القسمة، ولا تثبت به الشفعة قبل التقابض، فإذا تقابضا: جاز بيعًا حتى يترادان بالعيب وتثبت الشفعة في العقار.

وعند زفر والشافعي: بيع من الابتداء.

ولنا: أنه هبة بصورته بيع بمعناه، فجعلناه هبة قبل التقابض بيعًا عند التقابض عملًا بهما.

رجل وهب لرجل دارًا فعوضه لنصفها: فللواهب أن يرجع في النصف الذي لم

(١) **الهبة**: هي العطية والهدية الخالية عن تقدم الاستحقاق، يقال: وهبه، ووهب منه، ووهب منه، ووهب له كذا إذا أعطاه، قال الله تعالى: ﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَـٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴾ [الشورى: ٤٩]؛ ولهذا اعتبرنا فيها القبض؛ لأنّ تمام الإعطاء بالدفع، والتّسليم والاتهاب قبول الهبة قال عليه السّلام: «لقد هممت ألّا أتّهب إلّا من قرشيٍّ، أو أنصاريٍّ، أو ثقفيٍّ».
وقال حسان بن ثابت في معناه.
إنّ الهدايا تجارات اللّئام وما يبغي الكرام لما يهدون من ثمن
ولها ركن، وشرط:
فركنها: الإيجاب والقبول، كما في سائر العقود.
وشرطها: القبض وهو شرط في معنى العلة حتّى لا يفيد العقد حكمه بدونه.
دلّ على شرعيّتها قوله تعالى: ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ [النساء: ٤].
وقوله عليه السّلام: «تهادوا تحابّوا».
وما روي أنه قيل لرسول الله ﷺ: أتحب ردّ اللّطف؟ قال: «ما أقبحه لو أهدي إليّ كراعٌ؛ لقبلت ولو دعيت إلى ذراعٍ لأجبت».

يعوضه؛ لأن المانع من الرجوع وجد في النصف دون النصف، وإنما يكون عوضًا إذا قال الموهوب له للواهب: هذا عوض عن هبتك، أو جزاء هبتك، أو ثواب هبتك، أو مكافأة هبتك، أو بدل هبتك أما إذا وهب للواهب شيئًا ولم يقل شيئًا كان لكل واحد منهما أن يرجع في موهبته.

وكذلك الموهوب له إذا باع نصف الدار، فللواهب أن يرجع في النصف الآخر؛ لأن المانع وجد في النصف.

ولو كان الموهوب أرضًا بيضاء فبنى الموهوب له في ناحية منها بيتًا أو دكانًا أو آرِيًّا[1]**، أو غرس نخيلاً ويعد ذلك زيادة في الأرض بطل حق الرجوع في الكل**؛ لأنه يعد زيادة في الكل،هـذا إذا كان الدكان عظيمًا يعد ذلك زيادة في الكل.

أما إذا كان شيئًا لا يعد زيادة لا يمنع من الرجوع.

وإن كان الـموهوب أراضي، وقد حصل ذلك في أرض منها كان له أن يرجع في الباقي؛ لأن ذلك زيادة في الأرض التي بنى فيها لا في أرض أخرى.

ثم الزيادة تمنع من الرجوع إذا كانت متصلة؛ لأن الزيادة حصلت بتسليط الواهب، وأنها ملك الموهوب له، فامتنع الرجوع في الزيادة؛ لأنه ليس ملك الواهب فامتنع في الموهوب أيضًا؛ لأنه لا يقبل الفصل عنه.

رجل وهب لرجل دارًا على أن يرد على الواهب شيئًا منها، أو على أن يعوضه شيئًا منها، أو وهب له جارية على أن يبيعها، أو على أن يتخذها أم ولد: فالهبة جائزة، والشرط باطل؛ لأنه يخالف موجب العقد؛ لأن موجب الملك أن يتخير في التصرف لا

---

(١) عند العرب **الآرِي**: الأَخِيَّةُ، وهي عروة حبل تشد إليها الدابة في محبسها، فاعول من تأرى بالمكان: إذا أقام فيه. العناية شرح الهداية: (٩/ ٤٣).

أن يكون مجبورًا في التصرف لكن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد؛ لأن النبي عليه السلام جوز الهبة وأبطل الشرط المعمر، بأن قال: داري لك عمري؛ لأن موجب الهبة أن يكون الموهوب بعد موت الموهوب له ميراثًا لورثته، والواهب شرط أن يعود إليه بعد موت الموهوب له فيكون مخالفًا لموجب العقد.

بخلاف البيع حيث يفسد بالشرط الفاسد؛ لأن النص ورد بفساد البيع بوجود الشرط الفاسد.

رجل له على آخر ألف درهم، فقال: إذا جاء الغد، فالألف لك، أو أبرأتك، أو قال: إذا أديت إليَّ نصف المال فأنت بريء من النصف الآخر: فهو باطل، والألف عليه على حاله؛ لأن الدين مال من وجه من حيث أن له عرضية أن يصير مالًا وليس بمال من وجه؛ لاحتمال أن لا يصير مالًا فمن حيث أنه مال كانت الهبة والإبراء تمليكًا حتى يرتد بالرد، ومن حيث أنه ليس بمال كانت الهبة والإبراء إسقاطًا حتى يصح بدون القبول، فمن حيث أنه إسقاط كان يصح تعليقه بالشرط، فمن حيث أنه تمليك لا يصح تعليقه بالشرط فلا يصح بالشك، بخلاف ما تقدم في كتاب الصلح؛ لأن ثمة الإبراء غير معلق بالشرط، بل هو مقيد بالشرط، والمقـيد موجود، والمعلق معدوم وبينهما فرق معلوم.

رجل قال:هذه الدار هبة لك سكنى ودفعها إليه: فهو إعارة؛ لأن قوله:هذه الدار هبة لك، وإن كان ظاهره لتمليك الرقبة لكنها تحتمل تمليك المنفعة؛ لأن إضافة الدار بحرف اللام يستعمل في ملك منافعها؛ لحديث رافع بن خَدِيجٍ، قال: هذا الحائط لي استأجرتها.

وقوله: سكنى خرج تفسيرًا للمجمل المبهم؛ لأن السكنى لم تتناول إلا المنفعة، والمبهم متى تعقبه التفسير كان المراد من المبهم المفسر: كقوله لامرأته: أمرك بيدك فطلقي نفسك كان المراد من الأمر تفويض الطلاق.

وكذلك لو قال: داري لك سكنى هبة، وهذا أظهر من الأول؛ لأنه جعل الهبة صفة للسكنى.

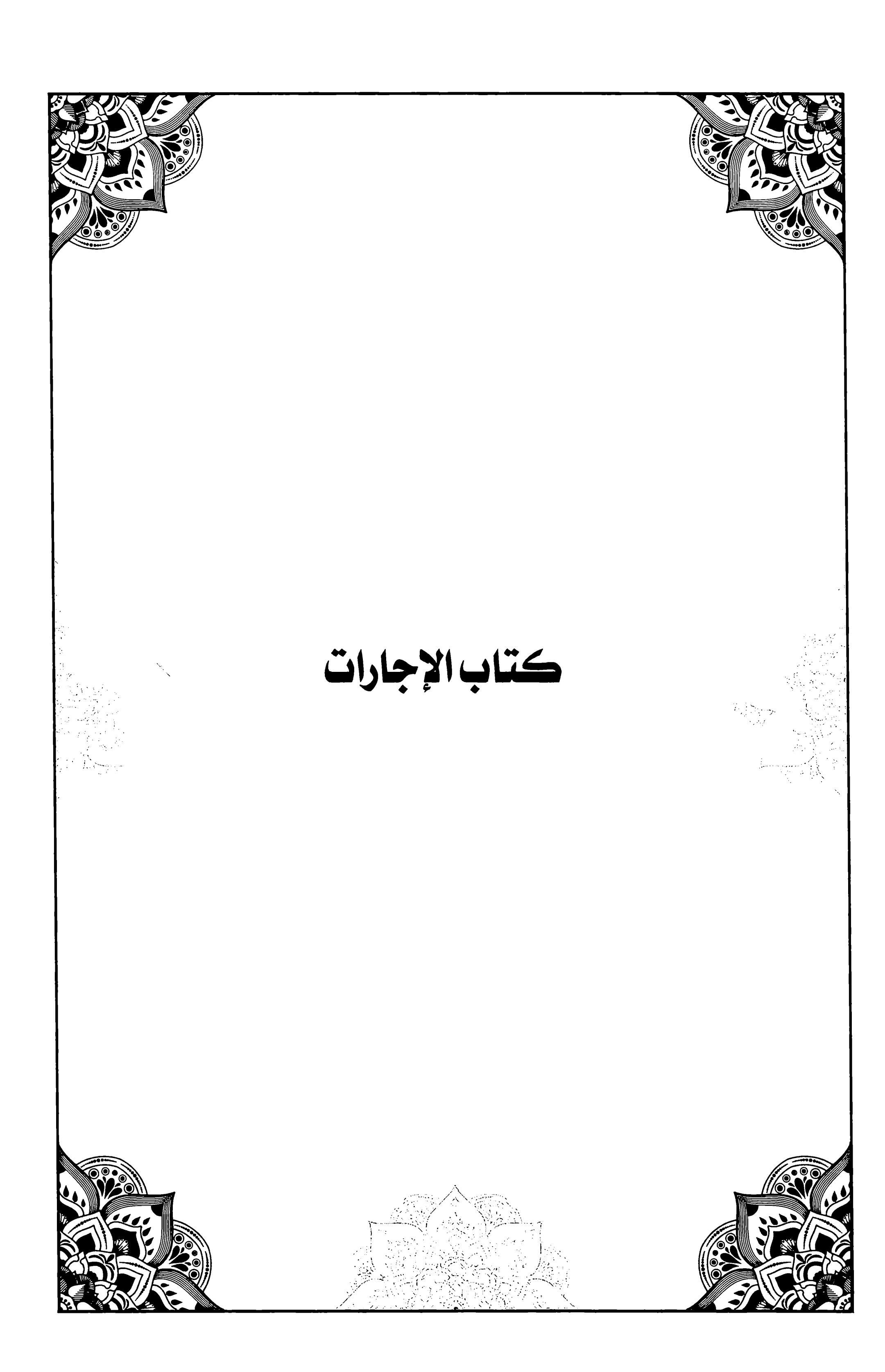
بخلاف قوله: داري لك هبة تسكنها حيث كان هبة للدار؛ لأنه أضاف الفعل إلى الموهوب له، فلا يكون تفسيرًا للهبة فيكون مشورةً وبيانًا للعرض يعني وهبتك لتسكنها.

رجل تصدق بعشرة دارهم لمحتاجين أوهبها لـهما: جاز بالاتفاق، ولا يرجع فيها؛ لأن الهبة من الفقير صدقة، والصدقة صرف إلى الله سبحانه وتعالى، وأنه واحد لا شريك له، والفقيران نائبان عن الله سبحانه وتعالى، والأخذ بالشيوع لا يمنع الصحة.

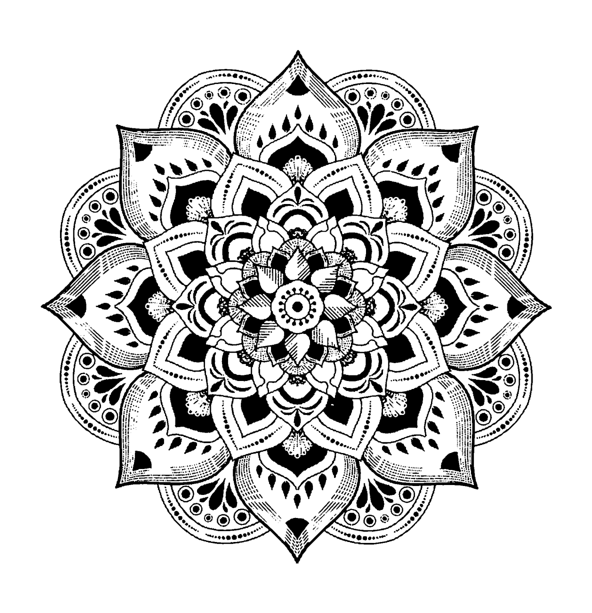
ولو وهبها من غنيين، أو تصدق بها على غنيين: لم يصح عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه صار واهبًا لكل واحد النصف شائعًا، والشيوع يمنع تمام الهبة، والصدقة على الغني بمنزلة الهبة حتى كان للواهب أن يرجع.

وعندهما: صحت الهبة والصدقة منهما؛ لأنه زال الملك إليهما جملة فلا يتمكن الشيوع وقت ثبوت الملك، وإنما يتمكن الشيوع في زمان البقاء، والشيوع الطارئ لا يبطل الهبة؛ ولهذا لو وهب دارًا، ثم رجع في النصف: يصح، ولا تبطل الهبة في الباقي.

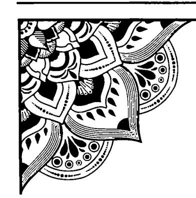




كتاب الإجارات









كتاب الإجارات

رجل اكترى إبلًا إلى مكة، ثم أراد أن يقعد: فـهو عذر، فله أن ينقض من غير قضاء.

والإجارة تنقض بعذر عندنا، خلافًا للشافعي.

والعذر أن يلزمه ضرر لم يلتزمه بالعقد.

ولنا: أن المنافع إنما تصير مقبوضة بالاستعمال، والعذر قبل الاستعمال بمنزلة العيب الحادث قبل القبض في البيع، وثمة ينفرد بالفسخ من غير قضاء فكذلك هنا، والعذر هنا قد تحقق؛ لأنه يجوز أن يحصل مقصوده بدون السفر أو لا تروج سلعته في الموضع الذي قصد، وهذا ضرر لم يلتزمه بالعقد، فيثبت له حق الفسخ دفعًا للضرر.

ولو أراد الجمال أن يقعد: فليس بعذر؛ لأنه يمكنه أن يدفع الإبل إلى المستأجر ولا يذهب، أو يبعث تلميذه.

وذكر في الزيادات: أن الإجارة لا تنقض إلا بقضاء أو رضا.

تأويله: إذا كان عذرًا يحتمل الخفاء، كما ذكر في الزيادات إذا أجر داره عشر سنين: لم تلحقه ديون لا وفاء عنده إلا بثمن المستأجر، وأنكر المستأجر الدين فاحتيج إلى القضاء بالدين لإظهار العذر.

وذكر هنا: أنه ينتقض بنفسه، وتأويله: إذا وقعت في يده أكلة فاستأجر رجلًا ليقطع يده، أو يقلع سنه لوجع، ثم برأ: تنتقض الإجارة هنا بدون النقض؛ لأنه عجز عن المضي على موجب العقد فلم يكن في بقاء العقد فائدة فينتقض.

رجل أجر عبده، ثم باعه: فليس بعذر؛ لأنه لا ضرر له في المضي على موجب العقد إلا إذا لحقه دين لا وفاء عنده إلا بثمن العبد على ما مر.

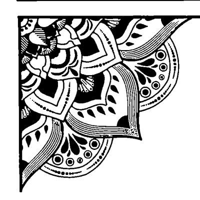
خياط استأجر غلامًا يخيط معه، ثم أفلس، وقام عن السوق: فهو عذر.

يريد به خياطًا يخيط ثيابًا لنفسه ليبيعها أو خياطًا ظهر خيانته عند الناس فلا يعطيه أحد ثوبًا يخيطه؛ لأنه لزمه بالمضي في موجب العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد.

ولو أراد أن يترك الخياطة ويعمل في الصرف؛ لكونه أكثر نفعًا فليس بعذر؛ لأنه من باب التشهي كيف، وأنه أمكنه الجمع بينهما في حانوت واحد.

ولو استأجر غلامًا ليخدمه فسافر: فهو عذر؛ لأنه لا يمكنه أن يذهب بالغلام مع نفسه؛ لأن خدمة السفر أشد من خدمة الحضر، وفي منعه عن السفر إضرار به فيكون عذرًا، والله أعلم.






باب الإجارة الفاسدة

رجل استأجر خبازًا ليخبز له هذه العشرة بخاتم الدقيق اليوم بدرهم، والإجارة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن المعقود عليه مجهول؛ لأن ذكر العمل يدل على أن المعقود عليه هو العمل، وذكر الوقت، يدل على أن المعقود عليه منفعة بدن الأجير، واختلف حكمهما؛ لأنه إن كان المعقود عليه هو العمل لا يجب الأجر إلا بالعمل وإن كان المعقود عليه هو المنفعة يجب الأجر بتسليم النفس وهذه الجهالة تمنع صحة الإجارة.

وقالا: صحت الإجارة على العمل، ويحمل ذكر الوقت على التعجيل.

تصحيحًا لتصرفهما.

ولو استأجر أرضًا على أن يزرعها أو يكريها أو يسقيها: فهو جائز؛ لأنه شرط يوافق مقتضى العقد.

ولو شرط على المستأجر أن يثنيها، أو سرقتها، أو يكري أنهارها: فسدت الإجارة؛ لأنه شرط شرطًا تعود منفعته إلى الأجر فإن منفعة [السرقين][(١)] تبقى إلى السنة القابلة.

وكذلك نقل نقصان الأرض بسبب الزرع، وكذلك التثنية؛ لأن تفسيره أن يردها على المؤجر يكروبه عند البعض.

وقال بعضهم: أن يكربها مرتين؛ لأنه تبقى منفعته إلى العام القابل، أو يقل نقصان

(١) في النسخة (ب) السرقان.

الأرض بسبب الزرع، وهذا في بعض ديارنا فحصل الزرع تامًا بالكراب مرة، أما في ديارنا ينبغي أن لا يفسد بهذا الشرط؛ لأن الكراب مرة لا يكفي، وأما كرى الأنهار فإنه على المؤجر فاشتراطه على المستأجر يخالف مقتضى العقد.

وأما كرى الجداول على المستأجر لا تَفْسُد. لأن ذلك على المستأجر وأنه لا يبقى إلى العام القابل.

رجل دفع إلى حائك غزلًا ينسجه بالنصف، فالإجارة فاسدة، والثوب لصاحب الغزل، وللحائك أجر المثل.

وكذلك إذا استأجر حمارًا يحمل طعامًا بقفيز منه مجهولًا، أو استأجر طحانًا يطحن طعامًا بقفيز دقيق منها فالإجارة فاسدة، ويجب أجر المثل لا يجاوز به قفيز مما سمي؛ لأن النبي ﷺ: «نهى عن قفيز الطَّحَّانِ»[1] وهو أن يجعل الأجر بعض ما يخرج من الطحن، والكل هذه المسائل التي مر ذكرها في معناه.

وإذا فسدت الإجارة يجب أجر المثل لا يجاوز به قفيز، وإنما يجب الأجر؛ لأنه لما لم يملك شيئًا من عين الطعام لفساد العقد فلم يكن عاملًا في محل مشترك فصار العمل مسلمًا إلى المستأجر.

بخلاف الطعام المشترك إذا استأجر أحدهما شريكه أن يحمله، أو يطحنه حيث لا يجب شيء.؛ لأن ما من جزء، وإلا وهو يعمل لنفسه فيه من وجه فلا يتحقق تسليم العمل إلى المستأجر.

وهذا بخلاف ما إذا استأجر نصيب شريكه من العبد المشترك ليخيط معه شهرًا فخاط: حيث يجب الأجر؛ لأن العمل كله يقع مسلمًا إلى المستأجر؛ لأنه يعمل له من

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الصغرى برقم: (١٩٦٩).

كل وجه، وهذا بخلاف ما إذا استأجر بيتًا من شريكه ليحفظ فيه طعامًا مشتركًا فحفظ حيث يجب الأجر؛ لأن الأجر يجب بمقابلة تسليم البيت سواء حفظ أو لم يحفظ وتسليم البيت قد تحقق.

رجل استأجر ظئرًا بطعامها وكسوتها القياس أن لا يجوز وهو قول أبي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله؛ لأن الأجر مجهول.

وفي الاستحسان: جاز، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن ترك القياس يجوز لحاجة الناس إذا لم يوجد فيه نص بعد الجواز وهذه الجهالة لا يفضي إلى المنازعة؛ لأن العادة بين الناس التوسعة على الْأَظْآرِ بحيث تطيب قلوبهن ليحملهن ذلك على الشفقة في حق الولد، وإن سمى مدة وبين قدر الطعام والكسوة جاز بِالْإِجْمَاعِ.

وفي الطعام لا حاجة إلى ذكر الأجل؛ لأنه ثمن كأجرة الدار؛ لكن لا بد من بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة رحمه الله.

وفي الكسوة يبين ذرعان الثوب وصفته، ولا بد من ذكر الأجل ومكان الإيفاء؛ لأن الثياب لا يجب دينًا في الذمة في الإجارة، إلا بطريق السلم، كما لو أجر داره على عشرة أثواب هروية في الذمة.

وإن سمى دراهم، ثم استبدلها بالطعام والكسوة: جاز أيضًا.

ولا تجوز إجارة الدار للسكنى بسكنى دار أخرى، ولا إجارة الأرض للزراعة بزراعة أرض أخرى، ولا إجارة الدابة للركوب بركوب دابة أخرى ولا للبس باللبس.

وقال الشافعي رحمه الله: يجوز كما لو آجر الدار بدار أخرى، أو أجر الدار ليسكنها بزراعة الأرض، أو بمختلفي الجنس.

ولنا: أن الجواز باعتبار الحاجة، بخلاف القياس ولا حاجة عند اتحاد الجنس.

وأشار محمد إلى نكتة أخرى: أن الجنس بانفراده يحرم النساء، بخلاف ما إذا اختلف الجنس؛ لأن الحاجة قد تحققت.

وإذا آجر نصف داره، أو نصف أرضه شائعًا لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجوز.

اعتبارًا بالبيع، واعتبارًا بإعارة نصف الدار شائعًا يجوز بِالْإِجْمَاعِ.

ولأبي حنيفة: أن المعقود عليه منفعة نصف الدار شائعًا، وتسليم النصف شائعًا لا يتصور إلا بتسليم الكل والمؤجر لا يطالب بتسليم الكل؛ لأنه لم يؤاجر الكل بخلاف الإعارة؛ لأنها ليست موجبة وجوب التسليم بل هو مخير: إن شاء سلم، وإن شاء لم يسلم، أما هنا موجبه تسليم المعقود عليه وذلك متعذر؛ لأن قبض المنفعة لا يتحقق إلا بالسكنى، والسكنى في الشائع محال.

ولو آجر من شريكه: جاز بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنه يقدر على استيفاء منفعة النصف باستيفاء منفعة الكل.

وكذا رجلان أجرا دارهما من رجل: جاز بِالْإِجْمَاعِ؛ لأن المستأجر يقدر على استيفاء المعقود عليه.

ولو فسخ أحدهما برضا المستأجر، أو مات أحدهما: لا يبطل في النصف الآخر؛ لأنه شيوع طارئ.

رجل استأجر أرضًا ولم يبين أنه يزرعها، أو أيَّ شيء يزرعها: لم يجز؛ لأن الأرض تستأجر للزرع، وللغرس، وللبناء، وكذلك الزرع يتفاوت في نقصان الأرض فلا بد من البيان حتى لا يفضي إلى المنازعة، فلو زرعها شيئًا ينقلب جائزًا ويجب المسمى؛ لأن الجهالة ارتفعت.

وكذلك لو استأجر دابة إلى بغداد بدرهم، ولم يبين ما يحمل عليها: فسدت الإجارة، فلو [حمل عليها](١) شيئًا انقلب جائزًا حتى لو وصل بغداد يجب المسمى، ولو نفق في الطريق: لا يجب الضمان، ولو تخاصما قبل الحمل وقبل الزراعة: فسخت الإجارة في المسألتين؛ لفسادها.

ولو استأجر بيتًا سنة بعشرة دراهم، ولم يبين شيئًا صحت الإجارة؛ لأن البيت يستأجر للسكنى عرفًا والمعروف كالمشروط.

وليس له أن يسكن حدادًا، ولا قصارًا، ولا طحانًا؛ لأنه صار كأنه نص على السكنى.

وله أن يسكن غيره بأجر، أو بغير؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى.

رجل استأجر أرضًا ليزرعها كذا يدخل الشرب والطريق من غير ذكر، وفي الشراء لا يدخل من غير ذكر، إلا أن يقول: بكل حق.

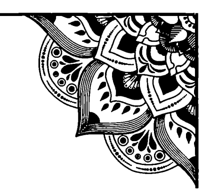
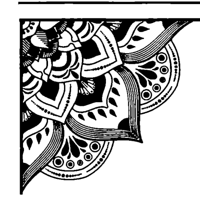
وقد مرت المسألة في البيوع.

إجارة نقضت، أو انتهت وفي الأرض رطبة: فإنها تقلع؛ لأنه ليس لنهايتها غاية معلومة.

ولو كان فيها زرع لم يدرك يترك بأجر إلى أن يدرك؛ لأن له غاية معلومة فيترك بأجر مراعاة للحقين، والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) في النسخة (ب) حملها.

باب الإجارة على أحد الشرطين

رجل دفع إلى خياطٍ ثوبًا، وقال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم، فإن خاطه اليوم: فله درهم، وإن خاطه غدًا: فله أجر المثل لا يزاد به على درهم ولا ينقص عن نصف درهم وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه جعل ذكر اليوم للتعجيل لا للتأقيت فيلغو ذكر اليوم، وجعل ذكر الغد معتبرًا للتعليق فتكون الإجارة بنصف درهم مضافة إلى الغد، والإجارة بدرهم باقية في الغد لما لم يخطه في اليوم، وصار ذكر اليوم لغوًا؛ كما لو قال: إن خطته اليوم، فلم يخطه حتى جاء الغد وخاطه: يجب الدرهم، فاجتمع في الغد تسميتان؛ كأنه قال: وإن خطته غدًا فلك درهم، أو نصف درهم: فتَفْسُد الإجارة في الغد؛ لجهالة الأجر، وصحت في اليوم؛ لأن في اليوم تسمية واحدة وهو درهم فكان الأجر في اليوم معلومًا.

فإن خاطه في اليوم يجب درهم، وإن خاطه غدًا يجب أجر المثل؛ لكن لو كان أجر المثل أنقص من نصف درهم: يجب نصف درهم؛ لأن صاحب الثوب التزمه.

ولو كان أجر المثل أكثر من درهم: لا تجب الزيادة؛ لأن الخياط رضي بحط الزيادة.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الشرطان جائزان.

ويكون ذكر اليوم للتأقيت، وذكر الغد للتعليق، فانعقدت إجارتان:

إحداهما: في اليوم بدرهم.

والأخرى: في الغد بنصف درهم.

وإن خاطه في اليوم: يجب درهم، وإن خاطه غدًا يجب نصف درهم؛ كما إذا قال: إن خطته روميًا فلك درهم، وإن خطته فارسيًا فلك نصف درهم: صحت الإجارتان، كذلك هنا.

وقال زفر: الشرطان فاسدان؛ لأنه جعل ذكر اليوم للتعجيل، وذكر الغد للترفيه فلم يكن لذكر الوقتين حكم، فاجتمع في كل وقت تسميتان بمقابلة عمل واحد، فيفسد العقد مطلقًا فسواء خاطه في اليوم، أو في الغد، أو بعد غد يجب أجر المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم.

رجل استأجر بيتًا شهرًا على أنه إن أسكن عطارًا فبدرهم، وإن أسكن حدادًا أو قصارًا فبدرهمين: فهما إجارتان صحيحتان؛ لأنه ذكر شيئين، وقابل كل واحد منهما أجرًا معلومًا فأيهما وجد، وجب أجره المسمى.

وإن لم يسكن، أو لم يسكن أحدًا حتى مضت المدة: يجب الأقل؛ لأنه متيقن، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يجوز.

لهما: أن المعقود عليه أحد شيئين، وأنه مجهول، وأجرته مجهولة؛ لأن الأجر هنا يجب بمجرد تسليم البيت، فإذا مضت المدة ولم يسكن فيه؛ لا يدري أي أجر وجب؟

بخلاف ما إذا قال للخياط: إن خطته رومية فبدرهم، وإن خطته فارسيًا فبنصف درهم: حيث يصح؛ لأن ثمة الأجر بمقابلة العمل، فإذا عمل صار العمل معلومًا فصار الأجر الذي في مقابلته معلومًا فيجب ذلك.

ولو استأجر دابة إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كذا من الشعير فبنصف درهم،

وإن حمل كذا من الحنطة فبدرهم.

فهو على الاختلاف الذي ذكرنا.

وكذا لو استأجر دابة على أنه إن رجع من الحيرة فبدرهم إن ذهب إلى القادسية فبدرهمين.

الصحيح أنه على الاختلاف الذي ذكرنا.

رجل استأجر رجلًا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله وهم معلومون، فذهب فوجد بعضهم ميتًا فجاء بمن بقي: فله الأجر بحسابه؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه.

ولو استأجر رجلًا ليحمل الطعام إلى فلان بالبصرة فحمله فوجد فلانًا ميتًا فرده إليه: فلا أجر له بالاتفاق؛ لأن الأجر بمقابلة حمله الطعام إلى فلان بالبصرة، وقد أبطل عمله بالرد.

ولو استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان ويجيء بجوابه فذهب فوجده ميتًا فرد الكتاب، فكذلك لا أجر له في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأن الأجر مقابل بنقل الكتاب، وقد نقضه كما في الطعام.

وقال محمد: له أجر الذهاب؛ لأن الأجر مقابل بنقل الكتاب وقد فعله بالذهاب والمجيء لأجل المستأجر لا بمقابلة نقل الكتاب وبمجيء الكتاب؛ لأنه ليس فيه مؤنة والذهاب حصل لأجله فيجب بقدره، والمجيء ما حصل لأجله فيسقط حصته.

رجل استأجر عبدًا محجورًا عليه شهرًا فاستعمله شهرًا، القياس أن لا يستحق الأجر؛ لأن الاستئجار وقع باطلًا.

وفي الاستحسان: إن سلم من العمل: جاز؛ لأن فيه نفع المولى فإنه يأخذ الأجرة.

وإن هلك: لم تجز الإجارة.؛ لأن في تجويزها ضررًا بالمولى، فإنه يفوت عليه

ضمان العبد بمقابلة أجرة قليلة.

رجل غصب عبدًا فأجر العبد نفسه، وأخذ الأجر، وسلم من العمل.

قد بينا أنه تجوز الإجارة ويأخذ المولى العبد والأجر إن كان قائمًا؛ لأنه كسب عبده.

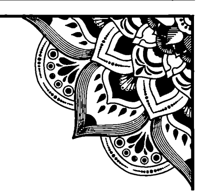
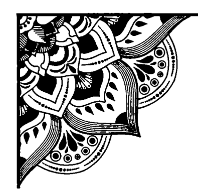
وإن استهلك الغاصب الأجر: ضمن عند أبي يوسف ومحمد؛ لأنه أتلف ملك المغصوب منه فإنه كسب عبده.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يضمن؛ لأن الكسب وإن كان ملك المولى لكنه غير متقوم في حق الغاصب؛ لأن التقوم بإثبات اليد ولا يد للعبد المقهور في يد الغاصب، فلم تصر يد العبد كيد المولى فلم يثبت التقوم.

رجل استأجر عبدًا شهرين شهرًا بأربعة دراهم وشهرًا بخمسة، فالشهر الأول يكون بأربعة، والشهر الثاني يكون بخمسة؛ لأنه لما قال: شهرًا بأربعة يتناول شهرًا يلي العقد يعني الشهر الثاني بخمسة.

رجل استأجر عبدًا شهرًا بدرهمين، فجاء آخر الشهر، فقال المستأجر: أبق أو مرض من أول الشهر ولا أجر عليَّ، وقال صاحب العبد: لا بل أبق، أو مرض قبل أن يأتيني بساعة: ينظر في حال الخصومة، فإن كان آبقًا، أو مريضًا في الحال فالقول قول المستأجر؛ لأن الحال يدل على ما قبله، وإن كان في الحال صحيحًا أو حاضرًا فالقول قول الآجر؛ كصاحب الطاحونة مع المستأجر إذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه في المدة بحكم الحال، كذا هنا.



باب مخالفة المستأجر

رجل استأجر دابةً إلى الحيرة فجاوزها إلى القادسية، ثم عاد إلى الحيرة فعطب: ضمن، وكذلك العارية؛ لأنه لما جاوز الحيرة صار ضامنًا، ثم بالرد إلى الحيرة لم يردها إلى المالك، ولا إلى يد قائمة مقام يد المالك.

وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد: هذا إذا استأجرها ذاهبًا لا جائيًا، أما إذا استأجرها ذاهبًا وجائيًا: يبرأ عن الضمان؛ لأن العقد باقٍ بعد انتهائه إلى الحيرة، فإذا ردها إلى الحيرة والعقد باقي فقد وجد الرد إلى نائب المالك، وصار كالمودع إذا خالف في الوديعة، ثم عاد إلى الوفاق: يبرأ عن الضمان، كذا هنا، ولكن الصحيح: أن لا يبرأ عن الضمان؛ لأن العقد وإن كان باقيًا لكن يد المستأجر ويد المستعير يد نفسه؛ لأنه قبض لنفسه للانتفاع، فلا يصلح قائمًا مقام يد المالك، فلم يوجد الرد إلى يد المالك لا حقيقةً ولا حكمًا بخلاف المودع؛ لأنه في الحفظ عامل للمالك من كل وجه فكان يده يد المالك فقد وجد الرد إلى يد المالك حكمًا.

رجل استأجر حمارًا بسرج للركوب، فنزع ذلك السرج، وأسرجه بسرج آخر، فإن كان سرجًا تسرج بمثله الحمر، فلا ضمان عليه لو عطبت الدابة؛ لأن تعيين السرج غير مفيد، وإن كان السرج الثاني أثقل من السرج الأول يجب أن يضمن من قيمة الدابة بحساب الزيادة، كما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختومًا، والدابة تطيق ذلك بسرج لا يسرج بمثله الحمر: ضمن قيمة الدابة كلها؛ لأنه بمنزلة مختلفي الجنس، وإن أوكفها بإكاف يوكف بمثله الحمر فيهذ المسألة التي

ذكرنا فهلك: يضمن قيمة الدابة كلها عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الإكاف يستعمل لغير ما يستعمل السرج؛ لأن أحدهما للركوب عادة، والآخر للحمل عرفًا، والإجارة عقدت على الدابة مسروجةً بالسرج فكان الجنس مختلفًا، فصار كما لو حمل مكان الحنطة حطبًا أو تبنًا: يضمن، كذا هنا.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يضمن قدر الزيادة على السرج.

وقال بعضهم: معناه الزيادة في المساحة حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين، والإكاف قدر أربعة أشبار[1] يضمن نصف قيمتها.

وقال بعضهم: الزيادة من حيث الثقل حتى لو كان السرج وزن منوين والإكاف ستة أمناء: يضمن ثلثي قيمتها.

رجل استأجر حمارًا ليحمل متاعه في طريق كذا، فحمل في طريق آخر يسلكه الناس فهلك المتاع: فلا ضمان عليه؛ لأن كلا الطريقين لما كان مسلوكًا لم يتفاوتا، فلا يعيد التعيين.

وإن لم يكن الطريق الذي حمله فيه مسلوكًا: ضمن.

لأن التعيين مفيد.

فإن بلغ المقصود سالمًا: فله الأجر؛ لأن التفاوت لا يعتبر عند حصول المقصود.

وإن حمله في البحر فهلك المتاع: ضمن سواء سلكه الناس، أو لم يسلكه؛ لأن طريق البحر أكثر خطرًا من طريق البر فكان التعيين مفيدًا.

---

(١) **الشبر**: بكسر أوله وسكون ثانيه، جمعه أشبار، ما بين رأسي الخنصر والابهام من كف مفتوح، وقدره الشرعي إثنا عشر أصبعًا = ٢٣,١ سنتمترًا.

والمراد **بالأصبع**: هو عرض الأصبع، وقدره الشرعي طول ست شعيرات مقطوعة ما دق واستطال منها وهي تساوي ١,٩٢٥ سنتمترًا. معجم لغة الفقهاء: (ص٢٥٦).

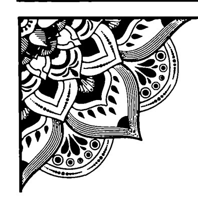
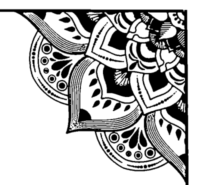
وإن بلغ مقصوده: يجب الأجر؛ لما ذكرنا.

رجل استأجر أرضًا ليزرعها حنطة، فزرعها رطبة: ضمن نقصان الأرض، ولا أجر عليه؛ لأن زراعة الحنطة من خلاف جنس الرطاب؛ لأن الرطبة ليس لها غاية معلومة بخلاف زرع الحنطة، فلم يدخل تحت العقد فصار غاصبًا فيضمن النقصان، ولا يجب الأجر.

رجل دفع إلى خياط ثوبًا ليخيطه قميصًا فخاطه قباء ـ يريد به الْقُرْطَقَ الذي ذو طاقٍ واحد يعتاد لبسه الترك ـ **فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر المثل، وإن شاء ترك عليه وضمنه قيمة الثوب ولا أجر عليه**؛ لأن هذا موافق من وجه مخالف من وجه فخيرناه لهذا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يضمنه قيمة الثوب ولا سبيل له على القباء؛ لأنه خلاف جنس القميص فلم يتناوله الأمر أصلًا فصار غاصبًا، والله أعلم.



باب جناية المستأجر

رجل استأجر [حمالًا][(١)] **يحمل له دنًا من الفرات وهناك يبيعون الدنان الجديدة، فحمله فعثر أو سقط من ظهره فانكسر في بعض الطريق، فإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي حمل ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه.**

وكذلك كل أجير مشترك؛ كالقصار، والصباغ، والسكاك، والنساج، والبقار: ضامن لما تلف على يديه بفعله، أو لقلة احتياطه سواء خالف الأمر أو لم يخالف.

خلافًا لزفر والشافعي.

ولنا: أن الداخل تحت الأمر القصارة وهو عمل مُزَين فإذا أتى بدق مخرق فقد أتى بفعل مقبح، فلم يكن هذا داخلًا تحت الأمر فيضمن، والتخريق حصل بخرق القصار، أو بتقصيره، بأن لم يراقب مواضع الطي أو لسهوه في إرسال المدقة.

بخلاف الفصاد والبزاع والحجام حيث: لا يضمن؛ لأن السراية إنما تكون لضعف الطبيعة وذلك أمر باطن لا يوقف عليه فلم يكن التحرز عن السراية في وسعه، فلو تقيد بشرط السلامة يتقاعد الناس عن هذا العمل فتختل حاجة الناس.

ولو هلك لا بفعله بأن سرق أو غصب: لا يضمن عند أبي حنيفة بكل حال؛ لأن عنده قبض الأجير قبض أمانة حصل بإذن المالك ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز

(١) في النسخة (ب) رجلاً.

عنه؛ كالخرق الغالب، والغارة الغالبة: لا يضمن بالاتفاق.

وعندهما: إن هلك بسبب يمكن التحرز عنه: يضمن؛ لأن قبضه قبض ضمان عندهما؛ لأنه قبض لنفسه ليمكنه إقامة العمل به.

واحتجا بحديث عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قضيا بالضمان.

وللقصار والصباغ، وكل أجير مشترك لعمله أثر في العين أن يحبسه حتى يأخذ أجرته؛ لأنه بمنزلة البائع لما أقامه بالعين فيكون له حق الحبس، وهذا عندنا.

وقال زفر والشافعي: ليس له أن يحبس.

وأجمعوا أنه إذا لم يكن لعمله أثر في العين لا يكون له حق الحبس كالحمال والغسال، ثم إذا حبسه وله حق الحبس، فهلك عنده: لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه حبس بحق، والعين أمانة في يده عنده، ولكن لا أجر له كهلاك المبيع قبل التسليم فيسقط الأجر عن المستأجر.

وعندهما: يضمن؛ لأن العين مضمونة في يده غير أن صاحب الثوب بالخيار، إن شاء ضمنه معمولًا وأعطاه الأجر؛ لأن الأصل وهو العين مضمون عندهما فيصير التبع وهو ما قام بالعين بإقامة الأجير مضمونًا تبعًا للعين، وإن شاء ضمنه غير معمول ولا يعطيه الأجر، وصار كما لو أتلفه القصار يتخير صاحب الثوب بِالْإِجْمَاعِ، فكذا هنا عندهما.

العبد الآبق إذا رده إنسان: فله أن يحبسه حتى يستوفي الجعل؛ لأن العبد صار كالزائل عن ملكه فهو بالرد صار كالبائع منه فيكون له حق الحبس.

رجل استأجر رجلًا يخبز له كذا في بيت المستأجر، فلما أخرج الخبز من التنور فاحترق بأن وقع في التنور: فله الأجر، ولا ضمان عليه؛ لأن التسليم قد تم بإخراجه من

التنور له لوقوعه في يد المستأجر حكمًا باعتبار كون البيت في يده.

بخلاف ما إذا احترق قبل أن يخرجه من التنور: حيث لا يجب الأجر؛ لأن الخبز ما صار منتفعًا به فلم يتم العمل، فلم يحصل التسليم، وهذا بخلاف الخياط يخيط في منزل صاحب الثوب فخاط بعضه، ثم هلك الثوب حيث يجب الأجر بحسابه؛ لأن [بعدما][1] خاطه صار منتفعًا فصح التسليم، والله أعلم.



(١) في النسخة (ب) بقدر.




باب مسائل لم تدخل في الأبواب

رجل استأجر أرضًا، أو استعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء من أرض جاره: فلا ضمان عليه؛ لأن التسبيب إنما يوجب الضمان إذا كان بصفة التعدي ولم يوجد؛ لأنه تصرف في ملك نفسه وصار كمن حفر بئرًا في ملك نفسه فهلك فيه إنسان: لا يضمن؛ لأنه غير متعدٍ.

رجل استأجر رحى ونقلها إلى بيت نفسه: فمؤنة الرد على الآجر؛ لأن النفع يعود إليه، فإن الحاصل له الأجرة وأنه عين، والحاصل للمستأجر المنفعة والعين خير من المنفعة.

ولو كان مستعيرًا: فمؤنة الرد عليه؛ لأن المنفعة حاصلة له فكانت المؤنة عليه.

خياط، أو صباغ أقعد في الحانوت من يعمل معه، ويكون الأجر بينهما نصفين، وضمان ما تلف بعملهما عليهما نصفان فهو جائز ويسمى هذا شركة التقبل وهو التكفل؛ لأن صاحب الحانوت قد يكون معروفًا بالأمانة، ولا يكون له حذاقة في العمل فيشترك مع رجل لا يكون معروفًا بالأمانة، ويكون له حذاقة في العمل على أن يكون الأجر بينهما والضمان عليهما.

رجل استأجر بيتًا شهرًا بدرهم فكلما سكن يومًا يجب الأجر بحسابه، وفي الكراء كل ما سار مرحلة[1] يجب أجر ذلك وهو قول أبي حنيفة رحمه الله آخرًا وهو قولهما؛

---

(١) المرحلة: عِنْدَ الْحَنَفِيَّة والْمَالِكِيَّة: ٥٢٠ ,٤٤ كم.
وَعِنْدَ الشَّافِعِيَّة والْحَنَابِلَة: ٠٤ ,٨٩ كم.

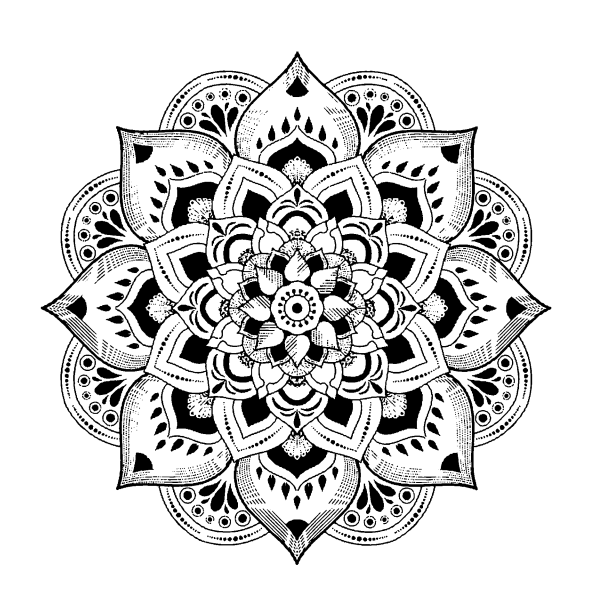
لأن ما دون اليوم ساعات لا يمكن اعتباره فقدرناه باليوم، وفي الكراء بالمراحل، أما الخياط وكل صانع لعمله أثر في العين يحبسه بحيث لا يستوجب الأجر ما لم يفرغ من العمل ويسلمه إلى المستأجر؛ لأن التسليم لا يحصل إلا به حتى لو خاطه في منزل المستأجر يستوجب الأجر بقدر ما يخيط؛ لوقوعه مسلمًا إلى المستأجر.

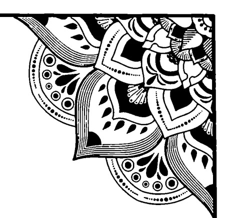
رجل اكترى إبلًا إلى مكة بغير أعيانها، فكفل إنسان بالحملان أي بالحمل: جاز؛ لأن المعقود عليه الحمل المطلق، وهذا يمكن استيفاؤه من الكفيل.

وإن كانت الإبل بأعيانها فكفل بحملها: لم يجز؛ لأن المعقود عليه حمل إبلًا بعينها، وحمل إبل بعينها لا يتصور استيفاء عن الكفيل، ولو كفل بعين الإبل: جاز؛ لأن الكفيل يقدر على تسليم عينها، وكذلك لو كفل بخدمة عبد نفسه: لم يجز.

ولو كفل بعين العبد: جاز؛ لما قلنا. والله تعالى أعلم.

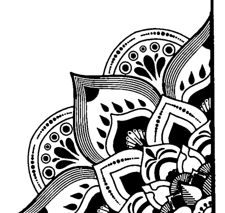


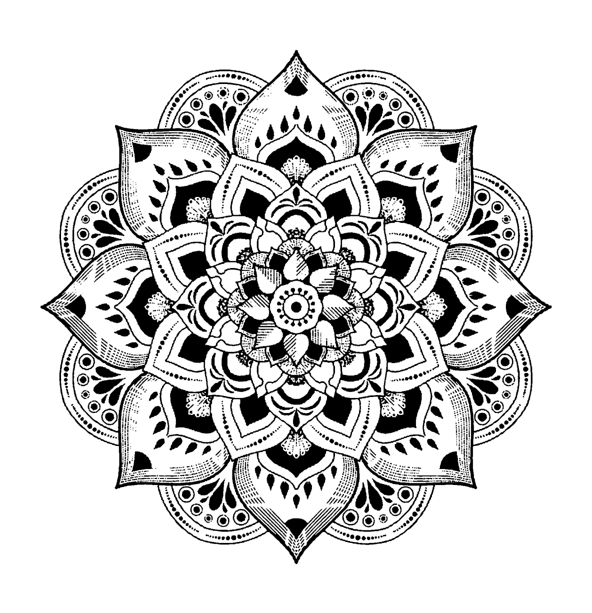




كتاب المكاتب

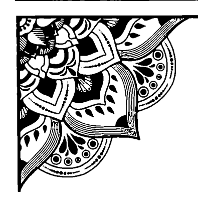












كتاب المكاتب

رجل كاتب عبده على مائة دينار على أن يرده المولى إليه عبدًا بغير عينه: فالكتابة فاسدة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن حصة بدل الكتابة من المائة دينار مجهولة من حيث القدر.

بيان ذلك أن الدينار من جانب العبد مقابل بشيئين: برقبته، وبعبد آخر من جانب المولى فتقسم المائة دينار على قيمة رقبته وعلى قيمة عبد وسط، فما أصاب رقبته يكون مكاتبًا به وأنه مجهول، وجهالة البدل تمنع صحة الكتابة كما لو كاتبه على قيمته، أو على حصته من الألف إذا قسم بينه وبين عبد فلان آخر.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تصح الكتابة وتقسم المائة دينار على قيمة رقبته وعلى قيمة عبد وسط، فما أصاب رقبته يكون مكاتبًا به فيصح، وما أصاب العبد الوسط كان بيعًا من جهة المولى فيكون باطلًا؛ لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة، فكذلك يصلح أن تكون حصته مستثنى من بدل الكتابة.

رجل كاتب عبده على قيمته، أو على عبد بعينه لغيره: لم تجز الكتابة.

أما القيمة؛ لأنها مجهولة قد تكون دينارًا وقد تكون درهمًا، وكذلك الناس يتفاوتون في تقويمه، وقد ذكرنا أن جهالة البدل تمنع صحة الكتابة.

وأما عبد الغير فلأنه لا يقدر على تسليمه، وصاحب العبد قد يبيعه وقد لا يبيعه.

وروي الحسن عن أبي حنيفة: أنه تجوز الكتابة على عبد الغير؛ لأن القدرة على

التسليم ليس بشرط لصحة الكتابة؛ كما لو كاتبه على مال في ذمته.

فلو أن العبد الذي كوتب اشترى ذلك العبد، أو وهب له، وأدى، أو أجاز صاحبه تسليمه:

في رواية الحسن: يعتق.

وفي ظاهر الرواية: لم يعتق؛ لأن الكتابة وقعت باطلة، والباطل لا حكم له إلا إذا ذكر التعليق في الكتابة بأن قال: كاتبتك على عبد فلان على أنك إن أديته إليَّ فأنت حر، فحينئذٍ يعتق بحكم التعليق إذا أدى.

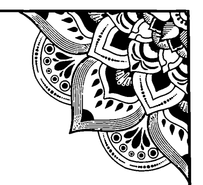
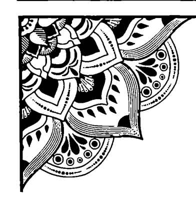
وروي عن أبي يوسف: أنه يعتق عند الأداء ذكر التعليق أو لم يذكر؛ لأن الكتابة وقعت فاسدة لا باطلة، وصار كما لو كاتبه على ألف رطل[1] من خمر فأداه وقبل المولى: يعتق، كذا هنا.

نصراني كاتب عبده النصراني على ألف رطلٍ من خمر: صحت الكتابة؛ لأن الخمر مال متقوم في حقهم.

فإن أسلما، أو أسلم أحدهما: تجب قيمة الخمر؛ لأنه عجز عن تسليم عين الخمر فتجب قيمته فيعتق عند الأداء، والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) **الرطل**: بكسر الراء الراء وفتحها، الذي يوزن به.
الرطل العراقي = ٤ / ١٢٨ ٧ درهمًا = ٤٠٧,٥ غرامًا وهو المراد بكلام الفقهاء عند كلامهم على أوزان غير الفضة.
* رطل الفضة = ٤٨٠ درهمًا = ١٢ أوقية = ١٤٢٨,٤ غرامًا. معجم لغة الفقهاء: (ص٢٢٣).

باب من يكاتب عن العبد

رجل قال لمولى العبد: كاتب عبدك فلانًا بألف على أني إن أديت إليك ألفًا فهو حر، فكاتبه المولى على هذا الوجه: فالكتابة موقوفة على إجازة العبد، والتعليق نافذ في الحال، فإن بلغ العبد فأجاز صار مكاتبًا، وإن أدى الفضولي الألف إلى المولى عتق العبد؛ لأن التعليق لا يحتاج فيه إلى رضا العبد.

عبد قال لمولاه: كاتبني وعبدك فلان الغائب بألف درهم على نفسي فكاتبه على هذا الوجه: صح، وتكون الألف عليه دون الغائب، ويدخل الغائب في الكتابة تبعًا، ولا شيء عليه سواء قبل الكتابة أو لم يقبل، وأيهما أدى الألف عتقا.

أما الحاضر فظاهر.

وأما الغائب فلأنه وإن لم يكن البدل عليه لكن له حق في الأداء ليتوسل به إلى العتق، فأيهما أدَّى لم يرجع على صاحبه بشيء.

أما الحاضر؛ لأن البدل عليه.

وأما الغائب فلأنه متبرع بالأداء.

وكذلك أمة قبلت الكتابة عن نفسها، وعن ابنين صغيرين بألف عليها: صحت وأيهم أدَّى عتقوا؛ لما قلنا، والله تعالى أعلم بالصواب.






باب العبد بين رجلين يكاتبانه أو يكاتبه أحدهما

عبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض الألف فكاتبه: فليس للشريك نقضه؛ لأنه رضي به.

فلو قبض المكاتب الألف أو بعض الألف، ثم عجز العبد فما قبض سالم له؛ لأن الشريك لما أذن له بالقبض فقد أذن للمكاتب بأداء نصيبه من الكسب فكان متبرعًا بنصيبه من الكسب للمكاتب، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الكتابة عنده تتجزئ، فأما عندهما: لا تتجزئ فيكون الإذن بكتابة البعض إذنًا بكتابة الكل بألف درهم، فإذا كاتبه صار كله مكاتبًا بينهما، فما قبض من الألف كله أو بعضه يكون بينهما، ولو عجز يكون عبدًا بينهما.

مكاتبة بين رجلين وطئها أحدهما فجاءت بولد فادعياه، ثم وطئها الآخر فجاءت بولد، ثم ادعاه، ثم عجزت: ثبت نسب الولد الأول من الأول، وصارت الأمة كلها أم ولد له، ويضمن نصف قيمتها قِنَّة لشريكه ونصف عقرها، ويثبت نسب الولد الثاني من الثاني، وعليه جميع قيمة الولد وجميع العقر وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لما ادعى الأول نسب الولد الأول: ثبت النسب؛ لأنه له فيها ملك واستحق صيرورة كل الجارية أم ولد له؛ لكن لم تصر كلها أم ولد له في الحال؛ لقيام المانع من تمليك نصيب الشريك وهو الكتابة، فإذا عجزت زال المانع من تكامل الاستيلاد، فصارت كلها أم ولد له.

ويضمن نصف قيمتها لشريكه؛ لتملك نصيبه.

ونصف عقرها؛ لأن الوطء صادف جارية مشتركة.

وإن لم يعجز يجب كمال العقر ولا يضمن من قيمة الولد شيئًا؛ لأن حرية الولد تستند إلى وقت العلوق، ووقت العلوق كان ماءً مهينًا لا قيمة له.

وثبت نسب الولد الثاني من الثاني؛ لأنه استولدها بناء على ظاهر الملك له وقت الوطء فيكون ولد المغرور، وولد المغرور حر بالقيمة فيضمن قيمة الولد لشريكه ويضمن جميع عقرها؛ لأنه ظهر أنه وطئ أم ولد الغير.

وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة قبل عجزها: صح؛ لأنه كسب المكاتبة فكان حق الأخذ لها.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: لما استولدها الأول صارت كلها أم ولد له في الحال قبل العجز، وصارت كلها مكاتبة له أيضًا، ولا يثبت نسب الولد الثاني من الثاني؛ لأنه وطئ أم ولد الغير وليس له ملك ظاهر؛ لكن سقط الحد لمكان الشبهة فيجب العقر.

ثم عند أبي يوسف رحمه الله: يضمن المستولد الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة؛ لأنه تملك نصيب شريكه ضرورة تكامل الاستيلاد، ولا يتملك نصيبه إلا بعد انفساخ الكتابة في نصيب الشريك لكنهذا انفساخ حكمي ضروري، فيظهر في حق التمليك ضرورة تكامل الاستيلاد، ولا يظهر في حق سقوط نصف بدل الكتابة، ولا في حق وجوب قيمتها قِنَّةً ولا في أن يتعدى انفساخ الكتابة إلى نصيب المستولد، ثم ببقاء الكتابة في نصيبه تصير كلها مكاتبة له؛ لعدم التجزئ وتكون مكاتبة بجميع البدل.

وعند محمد رحمه الله: يضمن المستولد لشريكه الأقل من نصف قيمتها مكاتبة، ومن نصف بدل الكتابة إن لم تود شيئًا، ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة إن أدَّت شيئًا؛

لأن الكتابة لا تنفسخ في نصيب الشريك بل تنتقل إلى المستولد، وهي مكاتبة، بدليل أنه لم يسقط شيء من بدل الكتابة بِالْإِجْمَاعِ، ومثله جائز كوارث المرتد إذا كاتب عبدًا بعد قضاء القاضي بلحاق المرتد إلى دار الحرب، ثم عاد مسلمًا انتقل العبد إليه مكاتبًا فقد فوت على الشريك نصف قيمتها مكاتبة أو نصف بدل الكتابة فيضمن أقلهما.

ولو أن الشريك لم يطأها لكن دبرها، ثم عجزت صارت كلها أم ولد الأول؛ لما مر، وظهر أن تدبير الثاني كان باطلا بِالْإِجْمَاعِ.

أما عندهما فظاهر.

وأما عند أبي حنيفة رحمه الله: لأن ظاهر الملك لا يكفي لصحة التدبير ويكفي لثبوت نسب الولد، وضمن الأول نصف قيمتها ونصف عقرها؛ لما مر.

مكاتبة بين رجلين أعتقها أحدهما: عتق نصيبه، ولم يضمن لشريكه شيئًا؛ لأن نصيب الشريك مكاتب بحاله، ولم يتغير عما كان عليه.

وعندهما: عتق كلها، ويضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها مكاتبةً، وإن عجزت قبل أداء بدل الكتابة صار كأن الكتابة لم تكن، وصار كجارية بين رجلين أعتقها أحدهما.

وقد مرت في كتاب العتاق.

عبد بين رجلين دبره أحدهما، ثم أعتقه الآخر وهو موسر: فللذي دبره أن يضمن المعتق قيمة نصيبه مدبرًا؛ لأن نصيبه بعد التدبير كان منتفعًا متقومًا فالشريك بالإعتاق أفسد نصيبه بحيث لا يتمكن من استخدامه، فيضمن قيمة نصيبه مدبرًا، ثم يرجع المعتق بما ضمن على العبد كما هو أصل أبي حنيفة؛ لأنه قام مقام المدبر في استسعاء العبد.

وإذا أدى العبد ذلك: عتق على المدبر وولاء نصيبه له؛ لأن المعتق لم يتملك نصيب المدبر، فيكون الولاء بينهما، وإن شاء المدبر أعتق نصيبه، وإن شاء استسعى



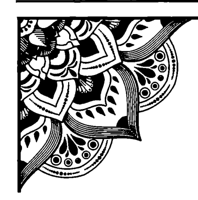
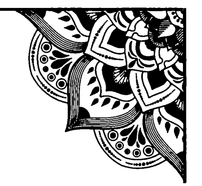
العبد في قيمة نصيبه، والولاء بينهما بكل حال.

ولو أعتق أحدهما، ثم دبره الآخر: فليس للمدبر أن يضمن المعتق شيئًا؛ لأنه حين أعتق الأول كان للساكت أن يضمنه بشرط أن يملكه نصيبه؛ لأن نصيبه كان قابلًا للتمليك وقت الإعتاق فهو بالتدبير أخرج نصيبه من أن يكون قابلًا للتمليك والتملك، فصار مبريًا المعتق عن الضمان، فبطل حقه في التضمين لكن له أن يستسعى العبد في قيمة نصيبه مدبرًا، وإن شاء أعتق نصيبه والولاء بينهما، وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: إذا دبره أحدهما صار كلـه مدبرًا له، وإعتاق الآخر باطل، ويضمن نصف قيمته للشريك موسرًا كان أو معسرًا؛ لأنه ضمان [التملك][1].

وإن أعتقه أحدهما أولًا: عتق كله، وتدبير الآخر باطل، ويضمن المعتق لشريكه نصف قيمته إن كان موسرًا ويسعى العبد إن كان المعتق معسرًا؛ لأنه ضمان إتلاف فيختلف باليسار والإعسار، والله تعالى أعلم.



باب المكاتب يموت أو يعجز

مكاتب عجز، فقال: أخروني، فإن كان له مال حاضر، أو غائب يرجى وصوله: يؤخر يومين أو ثلاثة أيامٍ لا يزاد على ذلك؛ لأنه عقد إرفاق، والإرفاق في هذا وهو قول أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: لا يرد في الرق حتى ينكسر نجمان؛ لقول علي رضي الله عنه: لا يرد المكاتب في الرق حتى يتوالى عليه نجمان؛ وهذا لأن السنة في الكتابة التنجيم، وهو أن يكاتبه على عشرة دنانير على أن يؤدي كل شهر دينارًا، أو كل أسبوع.

فعند أبي حنيفة رحمه الله: إذا كسر نجمًا يؤجل ثلاثة أيامٍ، فإن أدى، وإلا يرد في الرق.

وعندهما: لا يرد حتى ينكسر نجمان.

مكاتب أجل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه إلى الرق برضاه: يصح؛ لأن الكتابة بالتراضي صحت من غير السلطان، فكذلك الفسخ بالتراضي يصح من غير القاضي والسلطان كالرد بالعيب بعد القبض بالتراضي يصح بالقاضي وغير القاضي، كذا هنا.

مكاتب اشترى ابنه، أو كوتب معه، ثم مات وترك وفاء: يرثه ابنه؛ لأن المكاتب وابنه يعتقان في آخر حياة المكاتب إذا أديت الكتابة فقد مات حرًا عن ابن حر فيرثه.

ولو مات المكاتب وترك ديونًا على الناس تفي بمكاتبته وله ولد حر من امرأة

حرة فجنى الولد خطأ فقضي بالدية على عاقلة الأم: لم يكن قضاء بعجز المكاتب؛ لأن المكاتب عبد قبل الأداء، والعبد لا عاقلة له فتكون عاقلة الولد عاقلة الأم فلا ضرورة إلى القضاء بعجز المكاتب.

ولو اختصم موالي الأم، وموالي الأب في ولاية، فقضى القاضي بولاية لموالي الأم يكون قضاء بعجز المكاتب؛ لأن حاصل اختلافهم راجع إلى أن موالي الأم يدعون أنه مات عبدًا، وولاء الولد لنا تمسكًا بقول بعض الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين.

وموالي الأب يدعون أنه مات حرًا وولاء الولد لنا تمسكًا بقول بعض الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، فإن هذه المسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين أن المكاتب إذا مات عن وفاء يموت حرًا أو عبدًا.

وإذا قضى بولاية لموالي الأم كان قضاء بعجز المكاتب؛ لأن قضائه نفذ ظاهرًا وباطنًا؛ لوقوعه في فعل مجتهد فيه، ومن حكم نفوذ القضاء قطعًا ظاهرًا وباطنًا بطلان الكتابة؛ لأنه لو لم تبطل الكتابة يعتق الأب عند الأداء مستندًا إلى آخر حياته فيظهر أنه مات حرًا فيظهر بطلان القضاء والقضاء متى نفذ ظاهرًا أو باطنًا لا يتصور بطلانه فكان من ضرورته بطلان الكتابة، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن ثمة بإستناد الحرية لا يبطل القضاء بالدية على عاقلة الأم؛ لأنه حين قضى بحكم جنايته على موالي الأم كانت عاقلته موالي الأم، والاستناد لا يظهر في حكم ليس بلازم لعتق الأب، والقضاء بحكم الجناية ليس بحكم لازم فأما ولاء الولد من جانب الأب حكم لازم لعتق الأب فافترقا من هذا الوجه.

مكاتب أخذ الصدقات ودفعها إلى المولى عن بدل الكتابة، ثم عجز طاب للمولى أكلها؛ لأن المكاتب يملك بجهة، وانتقل إلى المولى بجهة أخرى، فاختلف السبب إلى هذا أشار النبي عليه السلام فيما أهدت إليه بريدة وكانت مكاتبة، فقال: «هي لها صدقة

ولنا هدية»[1] وصار كالفقير يموت ويترك صدقات أخذها يطيب ذلك لورثته، وإن كان غنيًا، وكذلك الفقير إذا صار غنيًا طاب له ما أخذ من الصدقات حال فقره.

وكذلك ابن السبيل إذا وصل إلى ماله.

ولو اشترى طعامًا شراءً فاسدًا: لا يحل له أكله، ولا لمن قدمه بين يديه.

يريد بطريق الإباحة.

ولو باع من إنسان بيعًا صحيحًا هـذا الطعام الذي اشتراه شراءً فاسدًا: يطيب للمشتري تناوله.

إشارة إلى اختلاف السبب، وهذا يدل على أن الفقير لو أباح للغني تناول صدقة أخذها: لا يحل له، ولو باعها منه يحل له تناولها.

عبد جنى جنايةً خطأً، فلم يعلم الـمولى بجنايته حتى كاتبه، ثـم عجز: يخير المولى بين الدفع والفداء؛ لأنه لما لم يكن عالمًا بجنايته وقت كتابته لم يصر مختارًا للفداء، فإذا عجز زال المانع من الدفع فيخير بين الدفع والفداء.

مكاتب جنى فقضى عليه بحكم جنايته وحكم جنايته وجوب قيمته عليه يؤدى من كسبه؛ لأن كسبه ملكه فيكون حكم جنايته عليه.

فلو عجز قبل أن يؤدي حكم جنايته بيع بالدين إلا أن يفديه المولى، وإن لم يقض عليه حتى عجز فكذلك في قول أبي يوسف الأول؛ لأنه تعين حكم جنايته وجوب قيمته عليه؛ لتعذر الدفع فيستوي فيه القضاء وعدم القضاء، وصار كجناية المدبر إلا أن حكم جناية المدبر وجوب قيمته على المولى؛ لأن كسبه ملك المولى وحكم جناية المكاتب على المكاتب؛ لأن كسبه ملكه.

---

(١) أخرجه البخاري برقم: (١٤٩٣)، ومسلم برقم: (١٠٧٤).

وعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف آخرًا: إذا عجز يخير المولى بين الدفع والفداء؛ لأن الحكم الأصلي لجناية العبدهـو الدفع، وذلك على المولى، والمانع وهو الكتابة على شرف الزوال، فلا يتغير الحكم الأصلي إلى وجوب القيمة إلا بقضاء القاضي، بخلاف المدبر؛ لأن المانع متقرر، والله أعلم بالصواب







باب ما يجوز للمكاتب أن يفعل

مكاتب شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة إلا بإذن سيده، فالكتابة صحيحة والشرط باطل؛ لأنه يخالف مقتضى العقد؛ لأن موجب الكتابة فك الحجر، وفي هذا الشرط حجر لكن الكتابة لم تَفْسُد؛ لأنه غير داخل في صلب العقد، والكتابة معاوضة من وجه فتَفْسُد بالشرط الفاسد إذا دخل في صلب العقد، ولا تَفْسُد إذا دخل لا في صلب العقد.

مكاتب كاتب عبده، أو زوج أمته: جاز؛ لأن هذا من جملة الأكساب، والمكاتب يملك الكسب كما يملك التجارة.

ولو زوج عبده أو أعتقه على مال: لم يصح سواء كان بإذن المولى، أو بغير إذنه فإن المولى أجنبي عن كسب المكاتب.

وإنما لم يصح؛ لأنه ليس من التكسب؛ لأنه إزالة ملكه عن العبد باستيجاب الدين في ذمة المفلس.

والأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب؛ لأنه يملك التكسب.

والعبد المأذون لا يملك شيئًا من ذلك؛ لأنه لا يملك إلا التجارة، وهذا ليس بتجارة، إلا إذا أذن له المولى فحينئذٍ يصح.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يملك أن يزوج أمته كالمكاتب، ويملك الإجارة والاستئجار؛ لأنه تجارة؛ لأن للمنفعة حكم العين.

والمضارب والشريك شركة عنان بمنزلة العبد المأذون فيما ذكرنا من الأحكام.

مكاتب تزوج امرأة بإذن مولاه زعمت المرأة أنها حرة، فولدت منه أولادًا، ثم استحقت: فأولاده عبيد.

وكذلك العبد على هذا، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: أولاده أحرار بالقيمة؛ لأنه أولاد المغرور واعتبره بالحر إلا أن هنا يطالب بقيمة الأولاد بعد العتق ولهما: أن هذا ليس نظير الحر؛ لأن ثمة ماء الرجل حر، فرجحنا ماء الرجل على ماء المرأة بإبقائه على الحرية باعتبار الغرور، نظرًا للمغرور، وأما هنا ماء الرجل وماء المرأة كل واحد منهما رقيق، فلو ثبت الحرية بالغرور ثبت ابتداء لا بترجيح إبقاء ماء الرجل على الحرية، فلم يصح إلحاقه به.

مكاتب أو عبد مأذون اشترى جارية فوطئها بغير إذن المولى، ثم استحقت الجارية: يؤخذ المكاتب والعبد بالعقر في الحال؛ لأن هذا دين لحقه بسبب هو من توابع التجارة فيلحق به؛ كالعارية.

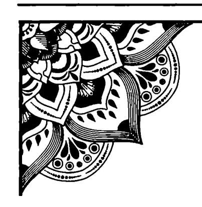
فإن وطئها بالنكاح بغير إذن المولى: لم يؤخذ بالعقر حتى يعتق؛ لأنه ليس من توابع التجارة، فصار كدين الكفالة بغير إذن المولى.

ولو اشترى المكاتب، أو العبد المأذون جارية شراءً فاسدًا، فوطئها، ثم استردها البائع أخذ بالعقر في الحال؛ لأن بالرد ينفسخ البيع من الأصل.

وإن لم يرد: لا شيء عليه؛ لما مر. والله تعالى أعلم.









باب مسائل لم تدخل في الأبواب

أم ولد كاتبها مولاها، ثم مات السيد: عتقت وبطلت الكتابة.

كما لو أعتقها في حال حياته.

أم ولد نصرانية لنصراني أسلمت: فإنها تسعى في قيمتها، فتعتق، وهذا قول علمائنا، وقال زفر: تعتق في الحال، ثم تسعى؛ لأن الإعتاق تعين لقصر يد الكافر عنها.

ولنا: أن مال الذمي معصوم، فيجب إزالة ملكه بطريق النظر، وذلك فيما قلنا.

رجل قال لعبده: جعلت عليك ألفًا تؤديها إليَّ نجومًا كل نجم كذا، فإذا أديتها إلي فأنت حر، وإن عجزت فأنت رقيق: فهذه مكاتبة صحيحة؛ لأنه أتى بمعنى الكتابة والعبرة للمعنى دون الصورة.

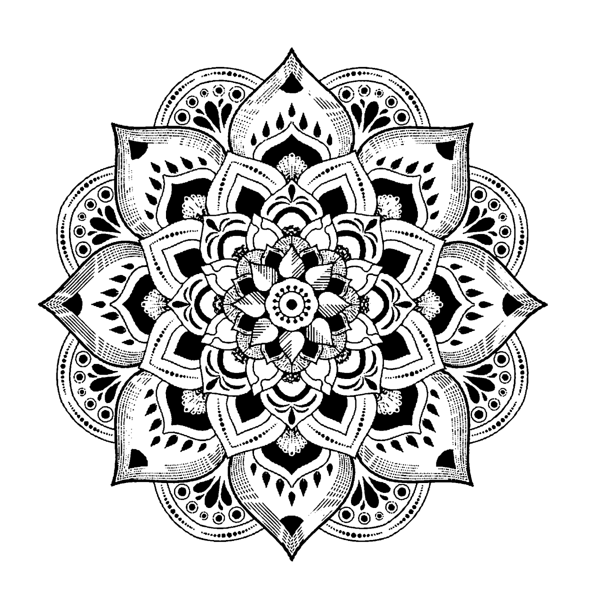
رجل كاتب عبده على ألفٍ إلى سنة، ثم صالحه على خمسمائة معجلة: صلح وسقط عنه خمسمائة، ومثل هذا مع الحر: لا يصح؛ لأن إسقاط الخمسمائة بمقابلة سقوط الأجل تشبه الربا، وشبهة الربا معتبرة في معاملة الحرين لا في معاملة المولى مع عبده.

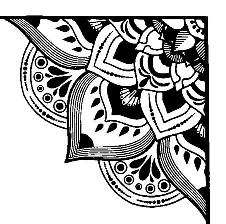
مريض كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف، ثم مات، ولم تجز الورثة تأجيله: صح الأجل في ثلثه، وبطل في ثلثيه، فيؤدي ثلثي الألفين حالًا، والثلث إلى سنة، أو يرد رقيقًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأن الكتابة بإزاء ألفين قد صح، وتعلق حق الورثة به، والتأجيل تبرع فيصح في ثلثه، ولا يصح في ثلثيه.

وقال محمد رحمه الله: يصح التأجيل في ألف وثلث ألف؛ لأن قيمته ألف.

ولو حط في الكتابة ألفًا وثلث ألف: يصح، فالتأجيل أولى أن يصح؛ لأنه دونه فيؤدي ثلثي الألف حالًا والباقي إلى سنة، والله أعلم.





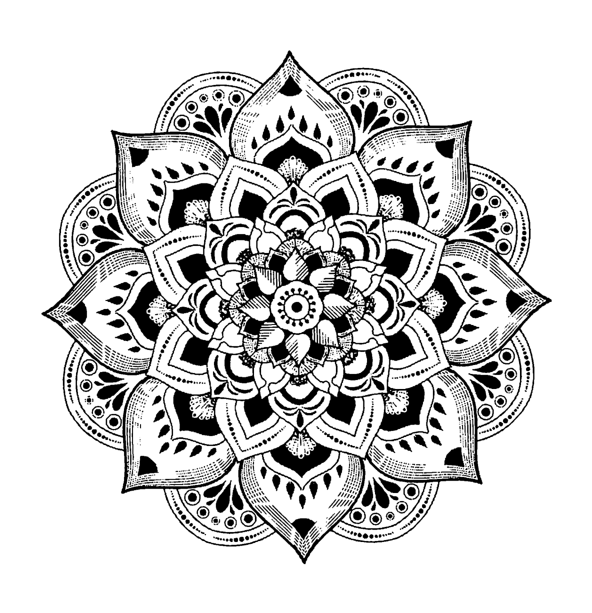


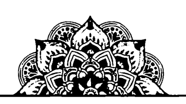


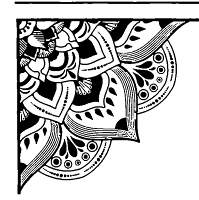
كتاب المأذون













كتاب المأذون

وليس للمكاتب والمأذون أن يقرضا؛ لأنه تبرع فصار كالأب والوصي في مال الصغير.

ولـو قال: العبد أنا عبد فلان أذن لي في التجارة أو لم يـذكر الأذن: تجوز المبايعة معه.

بناء على الظاهر.

فلو حضر المولى فإن أقر بالإذن: يباع بالدين، وإن أنكر الإذن: لم يبع بالدين؛ لكن يطالب بالدين بعد العتق إن لم يكن له كسب، وإن كان له كسب يقضى من كسبه؛ لأن ماليته ملك المولى فيعتبر قوله في استيجاب الدين في ذمته، ولا يعتبر في حق مال المولى، بخلاف الكسب؛ لأنه اكتسبه فيكون حقه فيعتبر قوله فيه.

أمة أُذن لها في التجارة، فلحقتها ديون، ثم دبرها المولى: فإنه يصير ضامنًا قيمتها للغرماء؛ لأنه أبطل حقهم في بيعها، ولا يرتفع الإذن بالتجارة، بخلاف ما إذا استولدها حيث يحجر عليها؛ لأن الاستيلاد دليل طلب الولد، فيدل على إمساكها في البيت، ويضمن قيمتها للغرماء؛ لما مر.

العبد المأذون إذا باع عبدًا بألف فحط من الثمن شيئًا، فإن كان من عيب وقد حط بمثل ما يحط التجار: صح؛ لأنه مأذون فيه.

وإن كان لا من عيب: لم يصح؛ لأنه تبرع محض.



المولى إذا باع العبد المأذون وعليه دين: فللغرماء أن يردوا البيع إن لم يف الثمن بديونهم؛ لأن فيه إبطال حقهم، فإنه كان لهم أن يستسعوه فيصل إليهم تمام حقهم، والبيع يبطل ذلك.

فإن كان البائع غائبًا فلا خصومة بينهم وبين المشتري في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وفي قول أبي يوسف رحمه الله: هو خصم؛ لأنهم يثبتون لأنفسهم حقًا في مالية العبد.

ولو ادعوا ملك العبد كان المشتري خصمًا لهم، فهذا أولى.

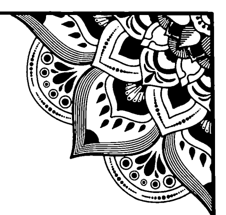
ولهما: أنهم يدعون لأنفسهم حقًا في ملك البائع، بدليل أنه لو كان البائع حاضرًا حتى يثبت حقهم يفسخون البيع حتى يعود العبد إلى البائع فحينئذٍ يستوفون حقهم من العبد إما ببيعه أو باستسعائه، فلم يكن المشتري خصمًا لهم.

المولى إذا أعتق عبد عبده المأذون، إن لم يكن الدين مستغرقًا لرقبته وكسبه نفذ عتقه بِالْإِجْمَاعِ، وإن كان مستغرقًا نفذ عندهما، ويضمن قيمته للغرماء.

وعند أبي حنيفة: لم ينفذ.

وقد مرت المسألة، والله أعلم.

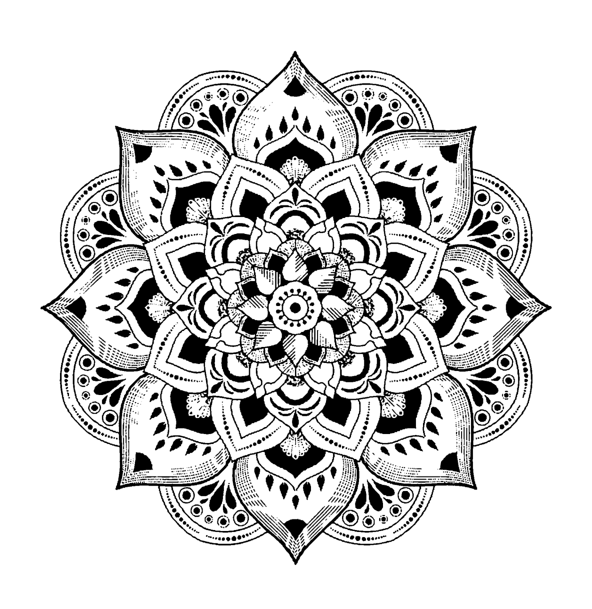


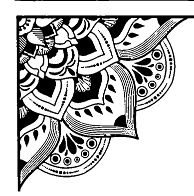


كتاب الغصب








كتاب الغصب[1]

رجل غصب عبدًا فباعه، ثم ضمنه نفذ بيعه، ولو كان أعتقه، ثم ضمنه: لم ينفذ عتقه؛ لأن الملك في المغصوب عند أداء الضمان، أو عند قضاء القاضي بالضمان يستند إلى وقت الغصب، والملك المستند ظاهر من وجه مقتصر من وجه والملك من وجه يكفي لنفاذ البيع، ولا يكفي لنفاذ العتق أصله ملك المكاتب.

رجل غصب شيئًا من المكيل أو الموزون فلم يقدر على مثله بأن انقطع عن أيدي الناس فعند أبي حنيفة رحمه الله: تجب قيمته يوم القضاء؛ لأن حقه في المثل في ذمة

(١) **الغصب**: في اللّغة هو الاستيلاء والأخذ غلبة وقهرًا، يقال: غصبني فلانٌ كذا إذا ظلمه وأخذه من غير اختياره، قال الله تعالى: ﴿وَكَانَ وَرَآءَهُم مَّلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا﴾ [الكهف: ٧٩].
وفي الشريعة: هو أخذ مال الغير وإثبات اليد عليه ظلمًا على وجه يفوت يد المالك عنه بفعل في المغصوب؛ ولهذا قلنا: إن غصب العقار لا يتصور؛ لأنّه لا يمكن فيه تفويت يد المالك بفعل في المحل، وإن منع المالك من الانتفاع به كان ذلك تصرفًا في المالك، والغصب إنما يكون بفعل في المحل لا في المالك.
وقوله عليه السّلام: «من غصب شبرًا من أرضٍ طوّقه اللّه تعالى به يوم القيامة من سبع أرضين» مذكور على سبيل المجاز زجرًا وردعًا عن الظلم والتّعدّي؛ كقوله: «ملعونٌ من غيّر تخوم الأرض».
وهو تصرف منهي عنه حرام؛ لأنّه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فصار كالتّصرّف في دمه قال عليه السّلام: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه».
وقد أجمع المسلمون على حرمته والإجماع من أقوى الأدلة، ولأنّه إضرار وإيحاش بالجنس وهو حرام عقلًا وشرعًا.

الغاصب، والذمة قائمة ووهم الوجود ثابت، وإنما ينتقل حق المالك عن المثل إلى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته يوم القضاء.

وعند أبي يوسف رحمه الله: تجب قيمته يوم الغصب؛ لأنه لما انقطع المثل ألحق بما ليس بمثلي، وثمة يجب قيمته يوم الغصب بِالْإِجْمَاعِ، كذا هنا.

وعند محمد رحمه الله: تجب قيمته يوم الإنقطاع؛ لأن حقه عن المثل يحول إلى القيمة بالإنقطاع.

وأجمعوا أنه إذا لم يكن من المكيل والموزون: تجب قيمته يوم الغصب؛ لأن سبب وجوب القيمةهـناهـو الغصب فتعتبر قيمته حينئذٍ.

رجل غصب ساجة، وأدخلها في بنائه: ينقطع حق المالك عنها إلى قيمتها عندنا؛ لأنه لو لم ينقطع حقه وينقض البناء يبطل حق الغاصب في البناء لا إلى عوض.

ولو انقطع حقه عن الساجة يفوت حقه إلى عوض يقابله وهو القيمة فكان هذا أولى الوجهين.

رجل غصب عبدًا فاستغله ـ يعني آجره وأخذ الغلة **ـ فإنه يتصدق بالغلة**؛ لأنه حصل بملك الغير وربح ما ليس في ضمانه لا يطيب، وإن حصل على ملكه فربح ما حصل لا على ملكه أولى أن لا يطيب.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يطيب على ما عرف.

ولو غصب أرضًا فزرعها كرًا، وأخذ كرين فإنه يضمن نقصان الأرض؛ لأنه أتلف ملك الغير، ثم يرجع بمقدار الكر، وقدر ما يضمن من الغلة، ويتصدق بالباقي.

رجل غصب عبدًا فأبق من يده، وأقام المالك البينة أن قيمة العبد كان ألف درهم، وأخذ الألف، ثم ظهر العبد فإن العبد يكون للغاصب لا سبيل للمولى عليه؛ لأنه ملكه

بأداء الضمان مستندًا إلى وقت الغصب؛ لأن الضمان صار ملكًا للمالك بالأداء، أو بالقضاء فلو بقي المغصوب على ملكه يجتمع البدل والمبدل في ملكه، وهذا لا يجوز.

وإن قال المالك: كان قيمته يوم الغصب ألفي درهم، وقال الغاصب: كان قيمته ألف وليس للمالك بينة، فالقول قول الغاصب مع يمينه.

وإذا حلف الغاصب وأخذ منه المالك ألفًا، ثم ظهر العبد، فالمالك بالخيار: إن شاء رد الألف عليه، وأخذ العبد، وإن شاء رضي بالألف وترك العبد على الغاصب، ويستوي الجواب إذا ظهر أن قيمة العبد ألف أو أكثر؛ لأنه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن العبد فصار بمنزلة المكره على البيع.

وعن الكرخي: بيان الخيار فيما إذا ظهر أن قيمته أكثر مما زعمه الغاصب، أما إذا كان كما قال الغاصب، فلا سبيل للمالك على العبد، والأول أصح.

رجل غصب ألفًا فاشترى بها جارية فباعها بألفين، ثم اشترى بألفين غلامًا فباعه بثلاثة آلاف درهم وضمن للمالك ألف درهم، فإنه يأخذ منه ألفًا رأس ماله ويتصدق بجميع الربح؛ لأن الربح حصل على ملك الغير وشرط طيبة الربح أن يكون حاصلًا في ملكه وضمانه.

وعند أبي يوسف: يطيب.

وقد مرت في كتاب البيوع.

ولو اشترى بالألف المغصوب جارية تساوي ألفين فوهبها، أو اشترى طعامًا يساوي ألفين فأكله: لم يجب عليه التصدق بشيء؛ لأن الربح إنما يتبين إذا صار الكل دراهم ولم يصر، فلم يظهر الربح.

وذكر هشام[1] في نوادره[2]: أنه إذا اشترى طعامًا بدراهم مطلقـة، ثم نفذ من المغصوب: يحل له الطعام.

ولكن ذكر في المضاربة من هذا الكتاب وفي غيره: أنه لا يحل ويتصدق به.

رجل غصب جارية فزنى بها فحبلت، فردها على المالك، فولدت في يده وماتت في نفاسها، فإنه يضمن الغاصب قيمتها يوم علقت في قول أبي حنيفة؛ لأنه قبضها ولم يكن بها سبب يفضي إلى الهلاك، ثم ردها وبها سبب الهلاك، فلم يصح الرد، فصار كأن لم يرد.

وقالا: لا ضمان عليه؛ لأن التلف يحال إلى الولادة وأنها حصلت في يد المالك.

ولو اشترى جارية قد وطئت في يد البائع فولدت في يد المشتري وماتت في نفاسها: لم يرجع المشتري على البائع بشيء.

من مشايخنا رحمهم الله من قال: هذا على قولهما، أما على قول أبي حنيفة يرجع بالثمن على البائع، والصحيح: أن هذا قول الكل؛ لأن الواجب على البائع التسليم ابتداءً وقيام سبب الهلاك لا يمنع صحة التسليم؛ لكن لو علم المشتري كان له حق الرد لا أن لا يصح التسليم.

واجمعوا أنه لو غصب حرة فزنى بها فحبلت وماتت في نفاسها: لم يضمن شيئًا؛

---

(١) هشام بن عبد الله الرازي تفقه علي أبي يوسف ومحمد ومات محمد في منزله بالري ودفن في مقبرته وله النوادر وصلاة الأثر وقال الذهبي في الميزان هشام عن مالك وعنه أبو حاتم قال لقيت ألفا وسبعمائة شيخ واتفقت في العلم سبعمائة ألف درهم وقال أبو حاتم صدوق مارأيت أعظم قدرًا منه وعن ابن حبان، قال: كان هشام ثقة. الفوائد البهية: (ص٢٢٣).

(٢) النوادر الفقهية (مخطوط) لهشام بن عبيد الله الرازي المازني الحنفي المتوفى سنة (٢٠١هـ). كشف الظنون: (٢/ ١٩٨١)، الفوائد البهية: (ص٢٢٣)، هدية العارفين: (٢/ ٥٠٨).

لأن غصب الحرة لا يتحقق.

رجل غصب من مسلم خمرًا فحلله بشيء لا قيمة له بأن نقله من الظل إلى الشمس، أو غصب جلد ميتة فدبغه بشيء لا قيمة له: كالتراب وإلقائه في الريح والشمس كان للمالك أن يأخذ بغير شيء؛ لأنه ليس للغاصب فيه مال قائم.

ولو استهلكه الغاصب ـ يعني بعد التحليل والدباغة ـ **يضمن قيمة الخل مثله كيلًا والجلد قيمته مدبوغًا**؛ لأنه أتلف مالًا متقومًا مملوكًا فيضمن وليس للغاصب فيه مال قائم.

وإن خلل الخمر بإلقاء الملح فيه: فكذلك الجواب؛ لأن الملح صار مستهلكًا فيه باستهلاك الغاصب، فلم يكن فيه مال قائم فكان للمالك أن يأخذه بغير شيء.

ولو استهلكها الغاصب يضمن مثله كيلًا.

وذكر الصدر الشهيد[1] رحمه الله في شرحه[2]: أن للمالك أن يأخذ الخل، ويعطي للغاصب ما زاد الملح فيه.

وإن خلله بإلقاء الخل فيه فإن كان الملقى كثيرًا بحيث صار خلًا من ساعته: فهو للغاصب ولا شيء عليه؛ لأنه استهلك الخمر، ولا قيمة لها فصار كما لو أراقها.

وإن صب فيها خلًا قليلًا بحيث صار خلًا بعد مضي الزمان، فعند أبي حنيفة رحمه

---

(١) عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة برهان الأئمة أبو محمد حسام الدين المعروف بالصدر الشهيد الإمام ابن الإمام والبحر ابن البحر، تفقه على والده، وله: الفتاوى الصغرى، والفتاوى الكبرى، ومن تصانيفه شرح الجامع الصغير المطول أستاذ صاحب المحيط سمع منه. الجواهر المضية: (١/ ٣٩١).

(٢) شرح الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني (مخطوط) للصدر الشهيد: عمر بن عبد العزيز بن مازه بن عمر البخاري حسام الدين أبو محمد الحنفي المتوفى سنة (٥٣٦هـ). هدية العارفين: (١/ ٧٨٣).

الله: كان للمالك أن يأخذه، ويعطي للغاصب ما زاد الخل فيه؛ لأن من المحال أن يتملك الغاصب خلًا كثيرًا بإلقاء قطرة من الخل.

وعندهما رحمهما الله: يشتركان بقدر كيلهما؛ لأن عندهما خلط الجنس بالجنس استهلاك من وجه دون وجه على ما عرف فلا ينقطع حق المالك.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن على قول أبي حنيفة يشتركان بقدر خلهما؛ لأن هذا الخلط غير موجب للضمان حتى يكون سببًا للملك فصار بمنزلة ما لو انصب خله في خل غيره بغير خلطه، وثمة يشتركان، كذا هنا، فصار قوله كقولهما، وهو الصحيح.

وإن استهلكه الغاصب بعدما صار خلًا، فإن كان الملقى كثيرًا، بحيث صار خلًا من ساعته: فلا ضمان عليه؛ لأنه استهلك ملك نفسه،أو لأنه بمنزلة الإراقة.

وإن كان الملقى قليلًا حتى صار خلًا بعد مضي الزمان يضمن مقدار كيل المالك مثله من الخل؛ لأنه أتلف ملكه؛ لأن بهذا الخلط لم ينقطع حق المالك عن مقدار خله بِالْإِجْمَاعِ.

وأما إذا دبغ الجلد بشيء له قيمة؛ كالقرض والشب: كان للمالك أن يأخذ الجلد ويعطي الغاصب ما زاد الدباغ فيه، فيقوم الجلد ذكيًا غير مدبوغ، ويقوم مدبوغًا فيعطيه الزيادة بمنزلة ما لو غصب ثوبًا فصبغه أحمر.

إلا أن في الثوب: للمالك أن يترك الثوب عليه ويضمنه قيمته أبيض؛ لأن الثوب متقوم وهنا ليس للمالك أن يترك الجلد على الغاصب، ويضمنه قيمة الجلد؛ لأن جلد الميتة وإن كان ملكًا له لكنه ليس بمتقوم.

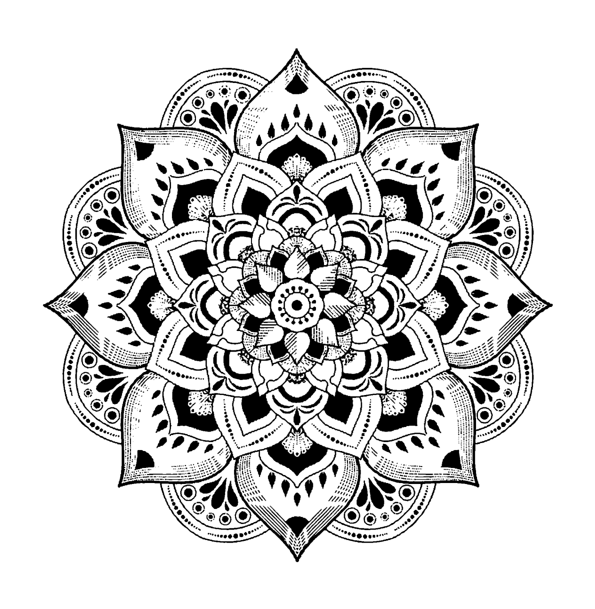
وإن استهلك الغاصب: فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة؛ لأن للغاصب أن يحبسه حتى يعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه، فصار مستهلكًا الدباغة قبل التسليم، فلا يضمن

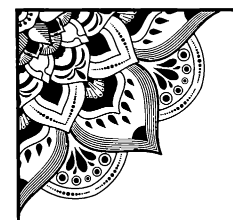
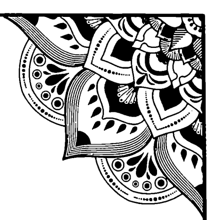
الدباغة، ولا يضمن الجلد أيضًا؛ لأن الجلد إنما يتقوم تبعًا لمال الغاصب فيه فكان قيمة الجلد تبعًا لقيمة الدباغة، والأصل غير مضمون على الغاصب، فكذا التبع.

وعندهما: يضمن الغاصب قيمته مدبوغًا ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه.

يعني يحط عنه بحسابه بقدر ذلك؛ لأن الجلد مدبوغًا ملك المالك بدليل أن له أن يأخذه ويعطي للغاصب عوض مال قائم فيه فيضمن باستهلاكه، فيقوم الجلد ذكيًا غير مدبوغ، ويقوم مدبوغًا فيطرح عنه قدر الزيادة ويأخذ الباقي، والله أعلم بالصواب.

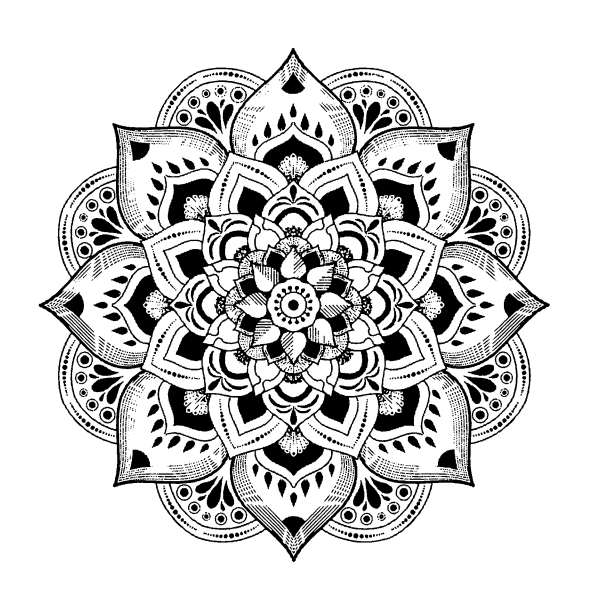


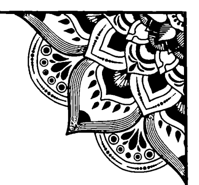
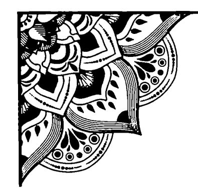


كتاب المزارعة



كتاب المزارعة

المزارعة بالثلث والنصف فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله، وكذا المعاملة في الأشجار؛ لأن النبي عليه السلام: «نهى عن المُحَاقَلَةِ»[١] وهي المزارعة، ولأن هذا استئجار ببعض ما يخرج من العمل، فصار في معنى قفيز الطحان[٢]، وكذلك الأجر مجهول، ومعاملة رسول الله مع أهل خيبر محمول على أنه كان خراج مقاسمة بدليل أنه لم يذكر فيه المدة.

فإن زرع المزارع، ولم يخرج شيئًا: فله أجر مثل عمله كما في الإجارة الفاسدة.

وقالا: كلاهما جائزان؛ لأن النبي عليه السلام دفع الأشجار إلى أهل خيبر معاملة بالنصف، ودفع الأراضي مزارعة بالنصف[٣] والناس تعاملوا بهما من الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم أجمعين.

ثم المزارعة لا تصح إلا ببيان المدة، وأيِّ شيء يزرع، ثم البذر إن كان من العامل كان الخارج على ملكه، ويصير مستأجرًا الأرض من صاحب الأرض ببعض الخارج وأنه جائز، وإن كان البذر من صاحب الأرض كان الخارج على ملكه، ثم هو يصير مستأجرًا العامل ببعض الخارج وأنه جائز.

---

(١) أخرجه البخاري برقم: (٢٢٠٧)، ومسلم برقم: (١٥٣٦).

(٢) **قفيز الطحان** بتشديد الحاء: مسألة مشهورة في فقه الحنفية، وهي أن يعطي الرجل قمحه للطحان ليطحنه له ويأخذ أجرته قفيزا من دقيقه. معجم لغة الفقهاء: (ص٣٦٨).

(٣) أخرجه البخاري برقم: (٢٣٢٨)، ومسلم برقم: (١٥٥١).

قال أبو حنيفة: على قياس من يقول بالجواز فإن كانت الأشياء كلها من العامل من البذر والعمل والبقر وآلات العمل: فهو جائز، ويصير مستأجرًا للأرض من صاحب الأرض ببعض الخارج.

وكذلك إن كانت الأشياء كلها على رب الأرض سوى العمل يجوز؛ لأن المزارعة شركة العمل والأرض، وقد وجد.

ولو كان البذر على العامل، والبقر على رب الأرض: لا يجوز؛ لأن الخارج يخرج على ملك العامل ويصير هو مستأجرًا الأرض، والبقر ببعض الخارج، واستئجار الأرض ببعض الخارج: يجوز؛ لأنه مزارعة.

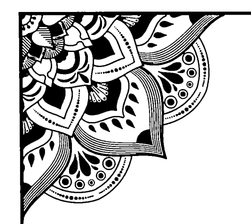
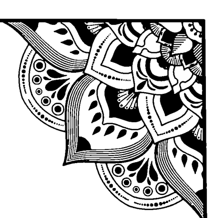
أما استئجار البقر: لا يجوز؛ لأنه ليس بمزارعة، وحصته من الأجر مجهول فيفسد، وليس منفعة البقر من جنس منفعة الأرض حتى يجعل تبعًا له.

بخلاف ما إذا كان البذر على رب الأرض، والبقر والعمل على العامل حيث يجوز؛ لأن منفعة البقر من جنس منفعة العامل فيجعل تبعًا له.

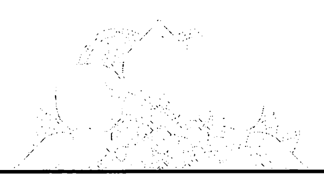
ولو شرط العمل على رب الأرض والبذر على الآخر، أو البقر والبذر على الآخر: لم يجز؛ لأن في المزارعة رأس المال من المزارع العمل ولم يوجد.

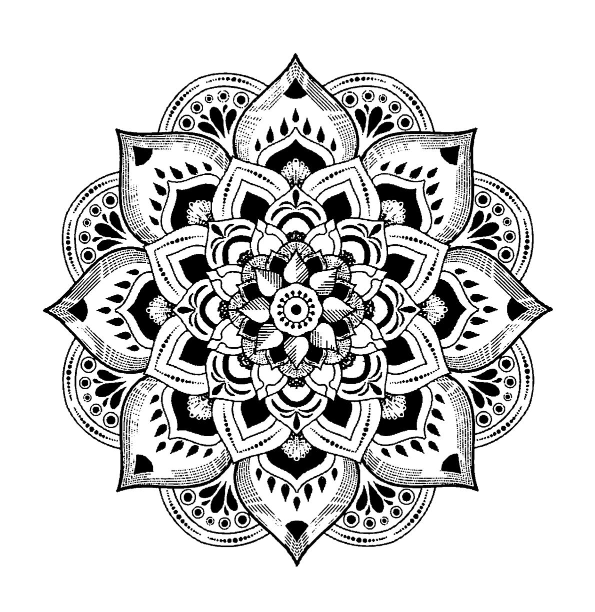
وفي كل موضع فسدت المزارعة: فالخارج يكون لصاحب البذر؛ لأنه خرج من بذره، وللآخر أجر مثل عمله، أو أجر مثل أرضه، والله تعالى أعلم بالصواب.

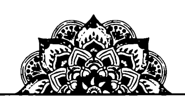


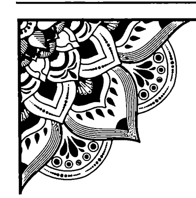



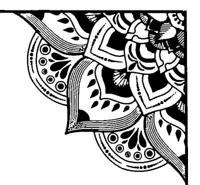
كتاب الخراج







كتاب الخراج

الإمام إذا فتح بلدة من بلاد أهل الحرب عنوة وقهرًا، فإن شاء خمسها وقسم أربعة [أخماسها][1] بين الغانمين، وإن شاء منَّ عليهم برقابهم وأراضيهم، وإذا منَّ عليهم يضع على جماجمهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج، وإن شاء وضع خراج مقاسمة بأن يقسم الخارج مثالثة، ثلث له، وثلثاه لهم، أو مناصفة.

وإن شاء وضع الخراج الموظف وهو ما وضعه عمر رضي الله عنه على سواد العراق على كُلِّ جَرِيبٍ يصلح للزرع درهم وقفيز، وعلى جريب الكرم عشرة دراهم، وعلى جريب الرطبة خمسة دراهم، فإنه بعث عُثْمَان بن حُنَيْفٍ رضي الله عنه وجعل حذيفة بن اليمان عليه مشرفًا رضي الله عنهم فمسحا فبلغ ست وثلاثين ألف ألف جريب فوضع كما قلنا[2].

وأجمعوا على أنه يجوز النقصان عن هذا التقدير عند قلة الريع وقلة الطاقة؛ لأن هذا مبنى على الطاقة، أما الزيادة على هذا عند زيادة الريع والطاقةهل تجوز؟

عند محمد رحمه الله: يجوز اعتبارًا للطاقة.

وعند أبي يوسف: لا يجوز؛ لأن عمر رضي الله عنه قال لهما: «لعلكما حملتماها مَا لَا تُطِيقُ» فقالا: «بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقت»[3] ولم يأمر عمر رضي الله عنه

(١) في النسخة (ب) الأخماس.

(٢) الأ ، لابن زنجويه: (١/ ٢١٢).

(٣) أخرجه البخاري برقم: (٣٧٠٠).

بالزيادة، والمقادير لا تعرف إلا سماعًا فعرف عمر رضي الله عنه ذلك من الرسول عليه السلام حين أخبر عما يكون في المستقبل وجعل ذلك من أشراط الساعة، فقال «منعت العراق قفيزها ودرهمها، ومنعت الشام دينارها ومُدَّهَا[1] يعني دينارها وإِرْدَبَّهَا[2]»[3].

وطول العراق من لدن تخوم الموصل جاريًا على سنن الماء، إلى عبادان، وعرضه من منقطع جبل حلوان إلى منتهى طرف القادسية المتصل بالْعُذَيْب من أرض العرب.

وأرض العرب كلها عشرية وهو ما بين الْعُذَيْب إلى أقصى اليمن وهي تِهَامَة والحجاز ومكة والمدينة.

وخراج رؤوس أهل الذمة قد مر في كتاب الزكاة.

وإذا مضت السنة، ودخلت السنة الثانية: لم يؤخذ منه جزية السنة الأولى عند أبي حنيفة؛ لأنها وجبت عقوبة؛ ألا ترى أنها تؤخذ على وجه الصغار والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت، وهذا يدل على أن الجزية تجب في أول السنة، وإنما مضى السنة تأجيل وتخفيف، وكذلك الخراج يجب في أول السنة.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا تسقط الجزية بمضي السنة؛ لأن سببها الكفر، وأنه يتغلظ فبطول المدة لا يسقط.

ولو مات، أو أسلم بعد السنة، أو قبل السنة: تسقط الجزية عندنا.

---

(١) **الْمُدُّ**: بالضم والتشديد جمعه أمداد، مكيال، وهو رطلان عند الحنفية = ١,٠٣٢ ليترًا = ٨١٥,٣٩ غراما ورطلا وثلثا عند الأئمة الثلاثة = ٠,٦٨٧ ل = ٥٤٣ غرامًا. معجم لغة الفقهاء: (ص٤١٧).

(٢) **الإردب** ٢٤ = ٢٥١٢٨ = ٧٨٢٧٦ = ٦٥,٩٥٢ = ٦٨٨, ٨٠. معجم لغة الفقهاء: (ص٤٥٠).

(٣) أخرجه مسلم برقم: (٢٨٩٦).

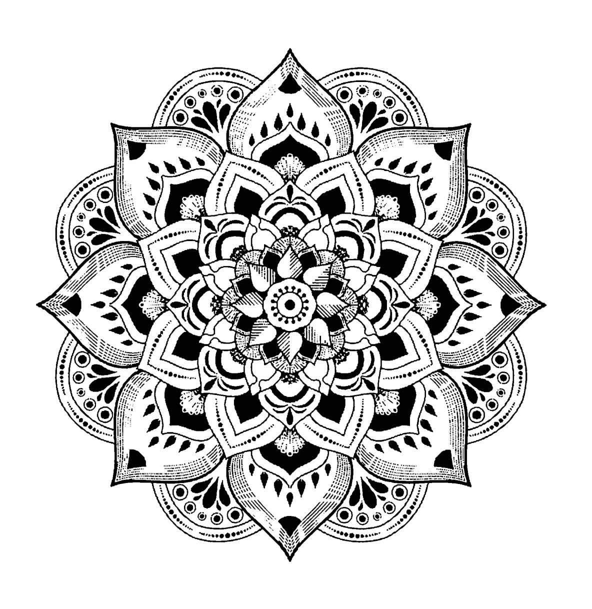
خلافًا للشافعي[١].

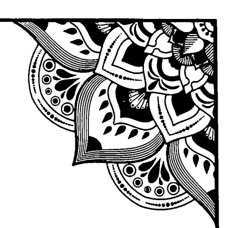
لنا قوله عليه السلام: «ليس على مسلم جزية»[٢]

❁ ❁ ❁

(١) إن مات، أو أسلم بعد مضي الحول؛ لم تسقط الجزية، وإن مات في أثناء الحول، فهل يسقط؟ فيه قولان:
أصحهما: أنه يجب جزية ما مضى، وبه قال مالك في الموت، وخالف في الإسلام.
وقال أبو حنيفة: تسقط الجزية بالموت، والإسلام، وإن كان بعد مضي الحول. حلية العلماء: ٧/ ٧٠٢).

(٢) أخرج أحمد في مسنده برقم: (١٩٤٩)، والطبراني في المعجم الأوسط برقم: (٦٦٨٢).

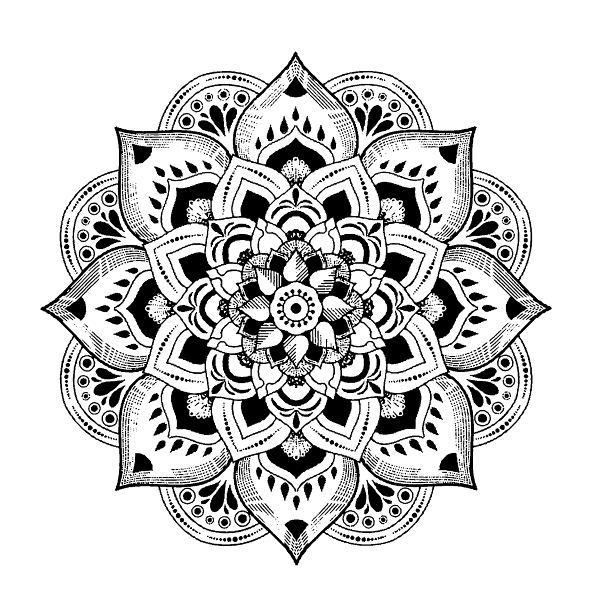


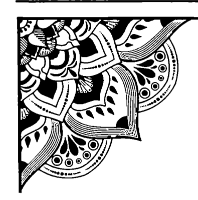


كتاب الذبائح










كتاب الذبائح

لا بأس بالذبح في الحلق كله أعلاه، أو أسفله، أو وسطه؛ لقوله عليه السلام: «الذَّكَاةُ ما بين اللَّبَّـةِ وَاللَّحْيَيْنِ»[١] وما بينهما حلق كله.

ولا بـأس بالجـزور إذا ذبـح، وبالشـاة والبقـر إذا نحـر؛ لأن المقصود إنهـار الدم المسـفوح، وأنـه حاصل لكن لا يسـتحب؛ لأنـه خلاف السـنة، فإن النبي عليه السـلام نحـر الجزور.

ولو ذبح الشاة من قفاها، فإن قطع الحلقوم والودجين قبل أن تموت تحل، وإلا فلا؛ لأن في الوجه الأول وجد الذكاة، وفي الثاني لا.

ولو ذبح الشاة بظفر منزوع، أو قرن، أو عظم، أو سن منزوع: لا بأس بأكله، ويكره هذا الذبح.

وعند الشافعي: هي ميتة[٢]؛ لقوله عليه السلام: «ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكـل، ما خلا السن والظفر فإنـهما مدى الحبشـة»[٣].

وأجمعوا أنه لا يحل بسن أو ظفر غير منزوع.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه برقم: (٤٧٥٤).

(٢) ويجوز الذبح بكل محدد يجرح من حديد، أو نحاس أو صفر، أو حجر، أو زجاج، أو قصب، أو خشب، إلا العظم؛ فإنه لو ذبح به: لا يحل. التهذيب: (٨/ ١١).

(٣) أخرجه البخاري برقم: (٥٤٩٨)، ومسلم برقم: (١٩٦٨).

ولنا: قوله عليه السلام: «افروا الأوداج بما شئت»[١] ولأن المقصود إنهار الدم وقد حصل لكن يكره؛ لأنه خلاف السنة، والحديث محمول على سن أو ظفر غير منزوع، فإن الحبشة كانوا يصنعون هكذا، ولأنه يحتمل أنه مات بقوته غمًّا فكانت منخنقة.

وفي الذبح أربعة أشياء: الْحُلْقُومُ، وَالْمَرِيءُ، وَالْوَدَجَانِ، فإن قطع الأكثر قبل أن يموت، يحل، وإلا فلا.

واختلفوا في الأكثر:

قال أبو حنيفة رحمه الله: هو أن يقطع الثلاث منها أيَّ ثلاث كان.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو أن يقطع الْحُلْقُوم، وَالْمَرِيء وأحد الودجين.

وقال محمد: هو أن يقطع من كل واحد أكثره.

وإن قطع النصف: يكره، وأراد به كراهة تحريم؛ لكن من عادة محمد أن في كل موضع وجد نصًا يثبت القول بالحل أو بالحرمة، وفي كل موضع لم يجد نصًا ففي موضع الحرمة، يقول: يكره ولم يوكل، وفي موضع الحل مرة يقول: أكل، ومرة يقول: لا بأس بأكله، وكل كراهة تحريم هكذا روي عن محمد رحمه الله.

سبعة اشتروا بقرة ليضحوا بها، فمات أحدهم، فقال وارثه: اذبحوا عنه وعنكم، فذبحوها: وقعت عن الكل؛ لأن التضحية عن الغير مشروع بصفة القربة فإن النبي ﷺ «ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والأخر عن أمته»[٢].

ولو كان واحدًا من السبعة نصرانيًا، أو يريد اللحم: لم يقع عن الأضحية في حق أحد؛ لأن ذلك القدر صار لحمًا فلم يقع الباقي قربة؛ لأن الإراقة لا تتجزئ.

---

(١) أخرجه أبو داود برقم: (٢٨٢٤)، وابن ماجه برقم: (٣١٧٧).

(٢) أخرجه البخاري برقم: (٥٥٦٤)، ومسلم برقم: (١٩٦٦).

ويجوز في الأضحية الثولاء.

وهي المجنون؛ لأن العقل ليس بمقصودٍ إلا إذا كانت عجفاء ويمنعها من الرعي فحينئذٍ لا يجوز.

وكذلك تجوز العرجاء إذا كانت تمشي؛ لأن النبي عليه السلام جعل العيب البين مانعًا؛ لقوله عليه السلام: «أَرْبَعٌ لا يجزئ في الضحايا العوراء الْبَيِّنُ عورها، والعرجاء الْبَيِّنُ عرجها، والمريضة الْبَيِّنُ مرضها، والعجفاء التي لا تُنْقِي»[1].

فأما الألية والذنب والأذن إذا كان بعضه مقطوعًا فعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات:

في رواية أبي عبد الله الثلجي: الربع مانع؛ لأن له حكم الكل في بعض المواضع.

وفي رواية الطحاوي رحمه الله: الثلث مانع، وما دونه فلا.

وفي رواية: لا يمنع ما لم يزد على الثلث؛ اعتبارًا بالوصية.

وقال أبو يوسف رحمه الله: النصف مانع، وما دونه فلا، فقال: أخبرت بقولي أبا حنيفة رحمه الله، فقال: قولي كقولك، فإن أراد به مثل قوله حقيقة، فصار عن أبي حنيفة أربع روايات؛ لكن يحتمل أنه أراد به قريب من قولك.

ولو ذكر مع اسم الله تعالى اسم غيره على سبيل العطف، بأن فقال: بسم الله واسم فلان، أو قال: بسم الله ومحمد رسول الله: لم يحل؛ لقوله عليه السلام: «موطنان لا أذكر فيهما العطاس والذبح»[2].

وقال ابن مسعود رضي الله عنه: جردوا التسمية في الذبح.

---

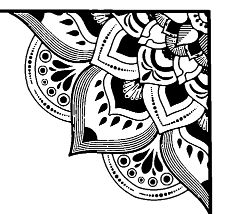
(١) أخرجه النسائي برقم: (٤٣٦٩)، وابن ماجه برقم: (٣١٤٤).

(٢) المخلصيات: (١/ ٤٢١).

ولو قال: بسم الله، محمد رسول الله: لم يكن ميتة؛ لأنه ما ذكره على سبيل العطف فيكون مبتدأ؛ لكن يكره؛ لوجود الوصل بغيره **ولو كان منفصلًا عن اسم الله تعالى قبله أو بعده: فلا بأس به**؛ لأن النبي عليه السلام كان يقول: «اللهم تقبل هذا عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ»[1]، والله تعالى أعلم بالصواب.

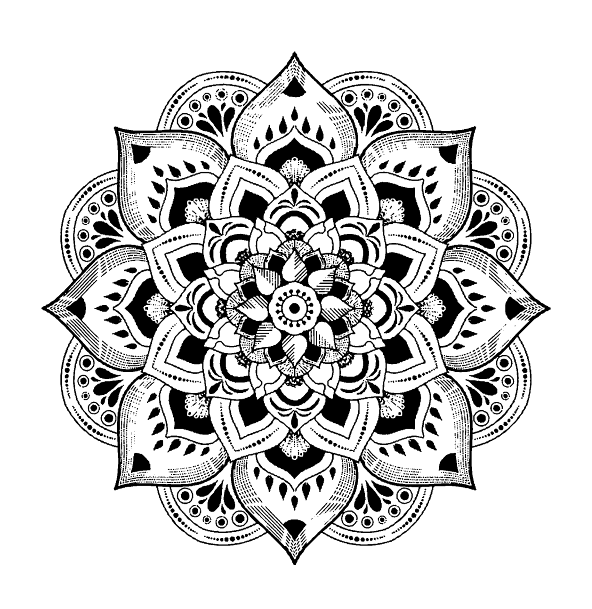


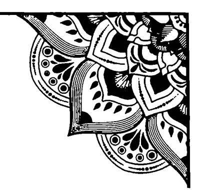
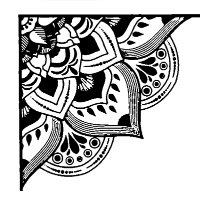
(١) أخرجه البزار في مسنده برقم: (٣٨٦٧)، والطبراني في المعجم الكبير برقم: (٩٢٠).



كتاب الكراهية



كتاب الكراهية

ويكره أكل لحوم الحمر الأهلية والأتن وألبانها؛ لأن النبي عليه السلام نهى عن ذلك يوم خيبر حتى روي أنه أمر بإكفاء القدور[١]، وبه تبين أن النهي كان للتحريم؛ لا لأنه كان نهبة لم تخمس.

والذي روي عن غالب بن أَبْجَر قال: لم يبق لي من مالي إلا حميراتٌ، ثم قال عليه السلام: «كل من سمين مالك»[٢] لم يرد به أكل عينه بل أراد بطريق البيع، أو كان في الابتداء، ثم نسخ بما روينا من الحديث.

ويجوز الانتفاع بودكه وشحمه سوى الأكل.

نحو الاستصباح ودبغ الجلد؛ كالزيت خالطه بودك الميتة والزيت غالب.

ولحم الفرس لا يكره عند أبي يوسف ومحمد؛ لحديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «كنا نأكل لحم الفرس على عهد رسول الله ﷺ»[٣].

وعند أبي حنيفة: يكره؛ لأنه آلة الجهاد، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلۡخَيۡلِ تُرۡهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمۡ﴾ [الأنفال: ٦٠] وفي إباحة أكله تقليل آلة الجهاد.

والدليل عليه: أن البغل يتولد منه، والفرع حرام، فكذا الأصل.

---

(١) أخرجه البخاري برقم(٤١٩٩)، ومسلم برقم: (١٩٣٧).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف برقم: (٢٤٣٣٨).

(٣) أخرجه النسائي برقم: (٤٣٣٠)، وابن ماجه برقم: (٣١٩٧).

ويكره أكل الزنبور، والسلحفاة، وجميع ما في البحر إلا السمك.

وقال مالك: يحل إلا الخنزير[١].

وقال الشافعي: يحل كله[٢].

ولنا قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وهذه الأشياء من الخبائث «ونهى النبي عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضِّفْدَع»[٣].

ويكره الأكل والشرب بآنية الفضة؛ لقوله عليه السلام في الذي شرب من ذلك: «إنما يجرجر في بطنه نار جهنم»[٤].

وكذلك الأكل بملعقة الذهب والاكتحال بميل الذهب والفضة، ولو كان الإناء مفضضًا أو مذهبًا أو الكرسي مذهبًا فشرب، ولم يضع فمه على موضع الذهب والفضة، أو جلس على الكرسي ولم يجلس على موضع الذهب والفضة: لا بأس به.

وكره أبو يوسف ذلك أيضًا.

وكذلك الاختلاف إذا جعل ذلك في السقف، أو في المسجد، أو جعل من ذلك حلقة المرآة، أو جعل المصحف مذهبًا أو مفضضًا أو السرج، أو الركاب، أو الثغر أو اللجام فعند أبي يوسف: يكره، وعندهما: لا بأس به.

فأما التمويه الذي لا يخلص منه بالإذابة شيء فلا بأس به بِالْإِجْمَاعِ.

---

(١) الجامع لمسائل المدونة: (٥/ ٦٨٧)، التبصرة للخمي: (٤/ ١٥٠٨).

(٢) الصحيح المعتمد أن جميع ما في البحر تحل ميتته إلا الضفدع ويحمل ما ذكره الأصحاب أو بعضهم من السلحفاة والحية والنسناس على غير ما في البحر. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: (٥/ ١٧٦).

(٣) أخرجه أبو داود برقم: (٥٢٦٩)، والنسائي برقم: (٤٣٥٥).

(٤) أخرجه البخاري برقم: (٥٦٣٤)، ومسلم برقم: (٥٦٣٤).



ولهما: أن القليل غير مانع فلا عبرة به كعلم العمامة والجبة المكفوفة بالحرير.

لأبي يوسف: أنه بالاستعمال صار مستعملًا للكل، والتختم بالفضة حلال؛ ليكون قليل اللبس نموذجًا على الكثير في دار الآخرة وهو خاتم الذهب وسوار الذهب، وكذلك القليل من الحرير نحو الكفة والعلم صار حلالًا؛ ليكون نموذجًا على الكثير، فإن لباس أهل الجنة الحرير.

محرم قتل سلحفاة: فلا شيء عليه؛ لأنه من الخبائث فلا يستوجب الأمان كالفأرة والوزعة.

رجل أرسل أجيرًا له مجوسيًا أو خادمًا فاشترى لحمًا، وقال: اشتريته من يهودي، أو نصراني، أو مسلم: وسعه أكله؛ لأن قول المجوسي والفاسق مقبول في المعاملات؛ لحاجة الناس إليه، والله تعالى أعلم بالصواب.







باب الكراهية في اللبس

يكره لبس الحرير؛ لقوله عليه السلام: «إنما من يلبسه لا خلاق له في الآخرة»(١).

وما روي أن النبي عليه السلام «لبس جبة حرير أهداها له أُكَيْدِر دَوْمَةَ الجندل»(٢) كان ذلك قبل النهي.

ولا بأس بتوسيده، والنوم عليه.

وقال محمد رحمه الله: أكره ذلك.

وقال أبو يوسف مثل قول محمد، ذكره القدوري.

وعلى هذا الخلاف يبتني ستر الحرير على الأبواب.

لهما: أن النبي عليه السلام: «نهى عن لبس الحرير إلا قدر إِصْبَع، أَوْ إِصْبَعَيْن أو ثلاثة أصابع»(٣).

وعن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه: لأن اتكئ على جمرة الغضاة أحب إليَّ من أن أتكئ على مرفق الحرير.

ولأبي حنيفة رحمه الله: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه كان على بساطه مرفقة حرير(٤).

---

(١) أخرجه البخاري برقم: (٨٨٦)، ومسلم برقم: (٢٠٦٨).

(٢) أخرجه البخاري برقم: (٢٦١٦)، ومسلم رقم: (٢٠٧١).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى برقم: (٤٢٠٩)، وأبو عوانة في مستخرجه برقم: (٨٥١٩).

(٤) قال الزيلعي في نصب الراية: (٤/ ٢٢٧): رواه ابن سعد في الثقات في ترجمة ابن عباس، وهي في=

وعن أنس رضي الله عنه أنه حضر وليمة فجلس على مرفقة حرير فيها طيور، ولأن قليل الحرير حلال وهو العلم ليكون نموذجًا، فكذلك قليل اللبس وهو التوسد يكون حلالًا.

ويكره الدِّثَار(١) **والشِّعَار**(٢) **للرجال بِالْإِجْمَاعِ**؛ لأنه لبس كامل.

وكذلك تكره التِّكَّةُ من الحرير للرجال.

ولا يكره لبس ما سداه حرير ولحمته غير ذلك في الحرب وغيره؛ لأن العبرة لأحد الوصفين وهو اللحمة، كأنه يصير ثوبًا منه.

ولو كان لحمته حريرًا وسداه غير حرير: يكره في غير الحرب، ولا يكره في الحرب بِالْإِجْمَاعِ، وإذا كان حريرًا كله يكره لبسه في الحرب أيضًا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن ضرورة دفع المعرة اندفعت بالمخلوط فلا ضرورة إلى الخالص.

ولا يتختم إلا بالفضة؛ لما روي أن نعمان بن بشير، قال: «اتخذت خاتمًا من ذهب فدخلت على رسول الله ﷺ، فقال: مالك اتخذت حلي أهل الجنة قبل أن تدخلها؟ فربت واتخذت خاتمًا من حديد فدخلت عليه ﷺ فقال مالي أجد منك ريح الأصنام فقلت كيف اصنع فقال ﷺ اتخذه من الورق ولا تزد على مثقال»(٣).

= أول الطبقة الخامسة ممن مات مع النبي ﷺ وهم أحداث الأسنان، فقال: حدثنا أبو نعيم الفضل بن دكين ثنا مسعر عن راشد، مولى لبني عامر، قال: رأيت على فراش ابن عباس مرفقة حرير، انتهى.

(١) **الدثار**: بالكسر كل ما كان من الثياب فوق الشعار وقد تدثر أي تلفف في الدثار. مختار الصحاح: (ص١٠٢).

(٢) **الشعار**: بالكسر ما ولي الجسد من الثياب. وشعار القوم في الحرب علامتهم ليعرف بعضهم بعضا. مختار الصحاح: (ص١٦٥).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم: (٤٢٢٣)، والترمذي برقم: (١٧٨٥)، والنسائي برقم: (٥١٩٥).

ولفظ محمد رحمه الله يدل على أن التختم بالحجر الذي يقال له: يشب، يكره.

ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص؛ لأنه قليل فصار تبعًا، وهذا يدل على أن الفص يكون من الحجر ولا يكره.

وتكره الحلقة؛ لأنها هي المعتبرة.

ثم التختم إنما يكون سنة إذا احتاج إلى ذلك بأن كان قاضيًا أو سلطانًا أما بغير حاجة، فالترك أفضل.

وإذا تختم ينبغي أن يجعل الفص إلى باطن الكف، بخلاف النسوان فإنهن يجعلن الفص على ظاهر الكف؛ لحاجتهن إلى التزين.

ولا تشد الأسنان بالذهب، ولا بأس بالفضة، وقال محمد: لا بأس بالذهب أيضًا.

وعن أبي يوسف رحمه الله روايتان؛ لحديث عَرْفَجَةَ بن أسعد الكناني «جدع يوم الكلاب فاتخذ أنفًا من فضة، فأنتن فأمر النبي عليه السلام أن يتخذ أنفًا من ذهب»[1].

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الحاجة تندفع بالفضة، وأما حديث عرفجة ثمة ما اندفعت الحاجة فإنه أَنْتَنَ.

وتكره الخرقة التي تحمل ويمسح بها العرق، إلا إذا كان شيئًا لا قيمة له، وكذلك الخرقة التي يمتخط بها، وكذلك الذي يمسح به الوضوء.

وإنما يكره إذا فعل ذلك تكبرًا، ومن فعل ذلك لحاجة لا يكره.

ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط لتذكرة الحاجة؛ لأن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك، ويسمى ذلك الخيط الرتم.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم: (٤٢٣٢)، والنسائي برقم: (٥١٦١).



قال القائل:

لا يَنْفعَنْــكَ الْيَــوْمَ، إِنهَمَّــتْ بِهَــمْ　　كثــرةُ مَا تُوصــي وتَــعْقادُ الرَّتَمْ

إِذَا لَمْ تَكُــنْ حَاجَاتُنَا فِي نُفُوسِــكُمْ　　فَلَيْــسَ بِمُغْنٍ عَنْكَ عَقْــدُ الرَّتَائِمِ









باب الكراهية في الوطء

رجل اشترى جارية فإنه لا يمسها بشهوة، ولا يقبلها، ولا ينظر إلى فرجها حتى يستبرئها بحيضة؛ لأن الوطء حرام فتحرم الدواعي.

وقال بعضهم: لا تحرم الدواعي؛ لأن النهي ورد في الوطء، وهذا دونه، وصار كالمسبية، قال ﷺ «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة»[1] هذا هو الأصل في الباب، والفرع لا يخالف الأصل.

ولنا: أن الدواعي تفضي إلى الوطء، والوطء حرام، فكذا الدواعي؛ لأنها لعل كانت عقلت من البائع فيدعي البائع الولد فتبين أن المشتري وطئ أم ولد الغير، ولا تفاوت بينهما إذا اشتريها من الرجل أو من المرأة أو من الصبي؛ لأن الحكم يدار على السبب لا على الحكمة.

وكذلك المظاهر والمحرم يحرم عليهما الدواعي، بخلاف الحائض والصائم حيث لا تحرم الدواعي؛ لأنه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي، يقع الزوج في الحرج، أما حدوث الملك والظهار والإحرام مما لا يكثر.

وأما المسبية فلا نص فيه عن أصحابنا رحمهم الله فيمنع، ولئن سلم فلأن ثمة لو ظهر الحمل لا يبين أنه وطئ أم ولد الغير.

وعن مكحول رحمه الله: أنه أطلق الدواعي في الكل.

---

(١) أخرجه أبو داود برقم: (٢١٥٧).



ولا بأس بأن ينظر المحرم إلى مواضع الزينة من ذات رحم محرم منه ظاهرها وباطنها؛ لقوله جل جلاله: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ءَابَآئِهِنَّ أَوْ ءَابَآءِ بُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] الآية.

والمراد فيه مواضع الزينة، وهي: الرأس، والعنق، والأذن، والصدر، والعضد، والكف، والذراع، والساق، والقدم؛ لأنه تكثر المجالسة والتزاور بينهم، وفي صيانة هذه الأشياء من النظر حرج، وكذلك لو مس بغير شهوة هـذه المواضع لا بأس.

ولا يحل النظر إلى الظهر والبطن والفخذ؛ لأنه ليس مواضع الزينة ولا حرج فيه.

ولا بأس للأجنبي النظر بغير شهوة إلى مواضع الزينة الظاهرة، وهي الكحل، والخاتم، فأما بشهوة: لا يحل في الوجوه كلها.

ولو أراد أن يشتري جارية لا بأس بأن يمس ساقها وصدرها وذراعها والنظر إلى ذلك؛ لأنها في حق الأجنبي بمنزلة ذات رحم محرم من المحرم؛ لما روي أن عمر رضي الله عنه مر بجارية تباع في السوق فضرب يده على صدرها، فقال: اشتروها فإنها رخيصة.

وعن محمد: أنه كره للشاب يريد الشراء مسها، ولم ير أبو حنيفة به بأساً ضرورة تحصيل العلم بشرائها، وإن لم يرد الشراء يباح النظر إلى ما ذكرنا بغير شهوة ولا يجوز عن شهوة.

والمس لا يحل بكل حال؛ لأنه استمتاع بها من غير ضرورة.

رجل له أمتان أختان، فقبلهما بشهوة: ليس له أن يطائهما، أو يقبلهما، أو يمسهما بشهوة حتى يخرج إحداهما عن ملكه ببيع أو بنكاح من غيره؛ لا تقبيلهما بشهوة نزل منزلة وطئهما، ولو وطئهما كان الحكم ما ذكرنا، فكذا هذا.

الأمة إذا حاضت - يعني بلغت - **لم تعرض في إزار واحد**؛ لأنه لا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها.

ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل، أو يده، أو شيئًا منه، أو يعانقه؛ لورود النهي عن ذلك: لما روي أنه عليه السلام سئل أيقبل بعضنا بعضًا؟ قال عليه السلام: لا، قيل: أيعانق بعضنا بعضًا، قال عليه السلام: لا، قيل: أَيَنْحَنِي بعضنا لبعض؟ قال عليه السلام: لا، قيل أيصافح بعضنا بعضًا؟ قال عليه السلام: نعم(١).

وقال صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إذا تصافح المؤمنان تناثرت خطاياهم(٢).

وذكر الطحاوي عن أبي يوسف: أنه لا بأس بالتقبيل والمعانقة؛ لأن جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه لما قدم من الحبشة «عانقه رسول الله ﷺ وَقَبَّلَ بين عينيه، ثم قال: ما أدري بم أفرح بفتوح خيبر، أم بقدوم جعفر»(٣).

ولهما ما روي عن النبي عليه السلام أنه «نهى عن المكامعة والمكاعمة»(٤).

والمكامعة: هي المعانقة، والمكاعمة هي التقبيل.

وحكى عن أبي منصور الماتريدي رحمه الله: إنما يكره إذا كان مجردًا، أما إذا كان مستورًا فلا بأس بالمعانقة.

وتجوز المصافحة، به ورد الحديث.

وما يفعله الجهال وهو تقبيل يد نفسه حين يلقي صاحبه: فذاك مكروه بِالْإِجْمَاعِ،

---

(١) أخرجه الترمذي برقم: (٢٧٢٨)، وابن ماجه برقم: (٣٧٠٢).

(٢) بنحوه أخرجه الطبراني في المعجم الكبير برقم: (٨٠٧٦).

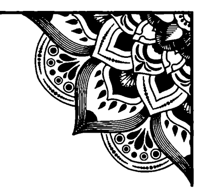
(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط برقم: (٢٠٠٣)، والحاكم في المستدرك برقم: (٤٩٤١).

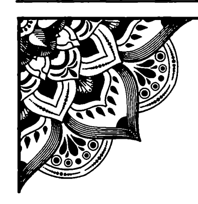
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف برقم: (١٧٥٩٧).

وكذلك ما يفعلون من تقبيل الأرض بين يدي العظماء حرام، وإن الفاعل والراضي به أثم؛ لأنه يشبه تعبد الوثن.









باب الكراهية في البيع

لا بأس ببيع السرقين؛ لتعامل الناس به في المزارع.

ويكره بيع العذرة والانتفاع به؛ لأنه جزء من الآدمي، ولهذا يجب إخفاؤه تحت التراب كشعره، وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا دفع الأرض مزارعة شرط على صاحبه بأن لا يعذرها، ولا يدخلها كلبًا.

وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه كان يَعرُ أرضه بنفسه، ويقول مكتل عُرٍ بمكتل بر، وهو محمول على المخلوط بالتراب.

وإذا كان مخلوطًا بالتراب ويكون التراب غالبًا عليه لا بأس بالانتفاع به؛ لأنه صار مخفيًا بالتراب، وصار كالدهن وقع فيه نجاسة والدهن غالب يجوز الانتفاع به غير الأكل، ويجوز بيعه، كذا هنا.

رجل في يده جارية عرضها على البيع والمشترى يعلم أنها لغيره، ويقول: وكلني صاحبها ببيعها: وسعه أن يبتاعها ويطأها؛ لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات لحاجة الناس حرًا كان أو عبدًا عدلًا كان أو فاسقًا مسلمًا كان أو كافرًا.

رجل باع خمرًا وأراد أن يقضي دينه بثمنه، فإن علم صاحب الدين بذلك لم يسعه أن يقبضه؛ لأن ثمن الخمر غير مملوك في حق المسلم.

بخلاف ما إذا كان البائع نصرانيًا؛ لأنه يملك ثمنه وصحة بيعه.

الاحتكار والتلقي إن كان يضر بأهل البلد: فهو مكروه، وإن لم يضر بهم: فليس بمكروه.

وقال ﷺ «المحتكر ملعون، والجالب مرزوق»[١].

وقال عليه السلام: «من احتكر أربعين يومًا، فإنه برئ من الله سبحانه وتعالى والله تعالى برئ منه»[٢].

والمحتكر أن يشتري طعامًا جلب إلى المصر ويتربص للقحط.

وإن اشترى من رساتيق[٣] المصر: فهو محتكر عند محمد؛ لأن بيعه المصر من فتاء المصر يكون فصار كما لو اشترى من المصر.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا اشترى من رساتيق المصر لا يكون محتكرًا ويكون جالبًا، فلا يكره كما لو اشترى من مصر آخر وجلب إلى مصره.

ثم عند أبي يوسف رحمه الله: الاحتكار مكروه في كل ما يضر بالناس مطعومًا كان أو ثوبًا أو غيره.

وعند محمد رحمه الله: يختص بقوت الناس والبهائم نحو الحنطة والشعير والقث والتبن.

ولو أخذ الطعام من أرضه أو جلب من مصر آخر فليس محتكر؛ لكن الأفضل أن يبيع ما يفضل عن حاجته إذا اشتد حاجة الناس إليه.

ثم المحتكر بالامتناع عن البيع قلت المدة أو كثرت: لا يعزر ما لم تطل المدة

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك برقم: (٢١٦٤).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك برقم: (٢١٦٥).

(٣) **الرستاق:** معرب ويستعمل في الناحية التيهـي طرف الإقليم. المصباح المنير: (١/ ٢٢٦).

وقدروا طول المدة بالشهر؛ لأن ما دونه قليل، وما فوقه كثير في الشرع

وبعضهم: قدروا بأربعين يوما.

ولا يجوز للإمام أن يسعر؛ لقوله عليه السلام: «إن الله تعالى هو المسعر القابض الباسط»(١).

إلا إذا تعدى أرباب الطعام عن القيمة تعديًا فاحشًا فلا بأس بمشورة أهل الرأي والبصر، وإذا رفع هذا الأمر إلى الإمام أمر المحتكر ببيع بما فضل عن قوته وقوت عياله على وجه السعة، فإن رفع إليه مرة أخرى وهو يصر على عادته وعظه وهدده، وإذا رفع في المرة الثالثة حبسه وعزره على ما يرى.

ولو باع الطعام بعد التقدير بثمن معلوم مقدر أو بعد الحبس والتعزير: فالبيع صحيح ليس هذا كبيع المكره؛ لأنه حبس بحق.

ولو باع شيئًا بثمن غالي زائدًا على ما قدره الإمام فليس للإمام أن ينقضه؛ لأنه لا حجر على الحر، وهذا على قول أبي حنيفة لا يشكل، وأما على قولهما فكذلك إلا أن يكون التسعير على قوم بأعيانهم.

وأما التلقي له تفسيران:

أحدهما: ما قاله الفقيه الزاهد أبو الليث رحمه الله، هو: أن يبيع الطعام من المصر لأهل البادية بثمنٍ غالٍ عند شدة حاجة أهل المصر، وهذا مكروه؛ لقوله عليه السلام: « ولا يبيع الحاضر للبادي»(٢).

والثاني: أن يستقبل الطعام المجلوب وغير الطعام ويشتري الطعام، ثم يبيع من أهل المصر بثمنٍ غالٍ؛ لأنه تعلق به حق أهل المصر فليس له إبطال حقهم، وهذا إذا كان

---

(١) أخرجه أبو داود برقم: (٣٤٥١)، والترمذي برقم: (١٣١٤)، وابن ماجه برقم: (٢٢٠٠).

(٢) أخرجه البخاري برقم: (٢١٦٠)، ومسلم برقم: (١٤١٣).

التلقي يضر بأهل البلد، فإذا كان لا يضر فليس بمكروه إذا لم يلبس على التجار سعر الطعام، وأما إذا لبس عليهم، فيقول: سعر الطعام في البلد كذا فيكون أكثر من ذلك، يكون مكروهًا في الوجهين جميعًا.

ويجوز بيع بناء مكة بِالْإِجْمَاعِ، وأما بيع أرضها لا يجوز في قول أبي حنيفة؛ لما روي أن النبي عليه السلام: «نهى عن بيع رباع مكة»(١).

وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما.

وعندهما: يجوز.

وهذا بناء على أن الأرض غير مملوكة عند أبي حنيفة، وعندهما: مملوكة لهم.

والله تعالى أعلم.



(١) عن مجاهد، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع رباع مكة، وعن أجر بيوتها». أخبار مكة للأزرقي: (٢/ ١٦٣).




باب مسائل لم تدخل في الأبواب

جارية جاءت إلى رجل، وقالت بعثني مولاي إليك هدية: وسعه أن يأخذها؛ لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات.

وروي أن جارية جاءت إلى علي رضي الله عنه، وقالت: بعثني مولاي إليك هدية فأخذها وقبلها.

رجل دعي إلى وليمة فحضر فوجد ثمة غناء ولعبًا فإن كان اللعب في منزل آخر: فلا بأس بأن يقعد ويأكل، لأن التناول من الوليمة سنة واللعب بدعة فلا يجوز ترك السنة لأجل البدعة كالصلاة على الجنازة يجب إقامتها، وإن حضرتها نائحة.

وإن كان اللعب والغناء على المائدة: فلا يقعد؛ لقوله جل جلاله: ﴿ فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾ [الأنعام: ٦٨] **وهذا إذا كان خامل الذكر، أما إذا كان مقتديًا به فليخرج إن لم يقدر على النهي في الوجهين جميعًا**؛ لأنه يشين الدين ويفتح باب المعصية على المسلمين.

قال أبو حنيفة: أبتليت بهذا مرة فصبرت.

وكان ذلك قبل أن يصير مقتديًا به.

هذا إذا حضر، ثم علم، فإن علم قبل الحضور: فلا يحضر.

وقول محمد رحمه الله: اللعب والغناء دليل على أن التحريم لا يختص بالمزامير،

وأن الضرب بالقضيب والتغني معه حرام؛ لأن ذلك لهو ولعب واللهو كله حرام: لقوله عليه السلام: «كل لعب ابن آدم حرام إلا ثلاث: مُلَاعَبَةُ الرجل أهله، وتأديبه لفرسه، ومناضلته بقوسه»[(١)].

ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني؛ لما روي أن النبي عليه السلام عاد يهوديًا مرض بجواره، فقال له: قل: لا إله إلا الله محمد رسول الله فنظر الفتى المريض إلى وجه أبيه، فقال له: أجب محمدًا، فأجاب وشهد أن لا إله إلا الله محمد رسول الله، ثم مات، فقال عليه السلام: الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار»[(٢)].

ويكره أن يقول الرجل في دعائه: اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك؛ لأنه يوهم تعلق العز بالعرش.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا بأس؛ لأنه روي عن رسول الله عليه السلام قال هذا في دعائه[(٣)].

وأما إذا قال: بمقعد العز: فإنه يكره بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنه وصف الله سبحانه وتعالى بالقعود على العرش، وهذا قول المجسمة لعنهم الله.

وتكره الصلاة على الجنازة في المسجد عندنا؛ لقوله عليه السلام: «من صلى على جنازة في المسجد فلا شيء له»[(٤)] والمعنى من وجهين:

أحدهما: أن المسجد أعد للصلاة المعهودة.

والثاني: أنه يحتمل تلويث المسجد، فعلى هذا النكتة لو كانت الجنازة خارج

---

(١) أخرجه النسائي في السنن الكبرى برقم: (٨٨٩٠).
(٢) أخرجه البخاري برقم: (١٣٥٦).
(٣) المعجم الكبير للطبراني: (٢٥/ ١٢) الدعوات الكبير: (٢/ ١٨).
(٤) أخرجه أبو داود برقم: (٣١٩١)، وابن ماجه برقم: (١٥١٧).

المسجد وقام مع الإمام صف خارج المسجد، وباقي القوم في المسجد: فلا تكره على قول بعض المشايخ.

ومن علل الكراهة أن المسجد أعد للصلاة المعهودة، يقول: بأنه تكره في المسجد بكل حال.

وقال الشافعي: لا تكره[١]؛ لأن النبي عليه السلام صلى على سهيل بن البيضاء في المسجد[٢]، وكذلك صلِّي على عمر رضي الله عنه في المسجد، وهو مذهب عائشة رضي الله عنها وعن أبيها، ومذهبنا مذهب كبار الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين.

ويكره اللعب بالنرد، والشطرنج، والأربعة عشر، وهو لعب اليهود؛ لما روي عَنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه أنه مر بقوم يلعبون بِالشِّطْرَنْجِ، فقال: ﴿مَا هَٰذِهِ ٱلتَّمَاثِيلُ ٱلَّتِيٓ أَنتُمْ لَهَا عَٰكِفُونَ﴾ [الأنبياء: ٥٢][٣].

وقال ﷺ: «ما أنا من دَدٍ ولا الدَّدُ مِنِّي»[٤].

ولأنه سبب للصد عن ذكر الله سبحانه وتعالى وعن الصلاة.

وقال الشافعي: لا بأس بالشطرنج خاصة[٥]؛ لأن فيه تذكية الخاطر، وهل يجوز السلام عليهم؟

قال أبو يوسف: لا يجوز، تحقيرًا لهم، فإن عليًّا رضي الله عنه لم يسلم عليهم.

---

(١) جاء في البيان للعمراني: (٣/ ٥٨): لا تكره الصلاة على الجنازة في المسجد.
وقال مالك، وأبو حنيفة رحمة الله عليهما: تكره.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى برقم: (٧٠٣٤).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الصغير برقم: (٣٣٤٨).

(٤) أخرجه البخاري في الأدب المفرد برقم: (٧٨٥).

(٥) قال صاحب الحاوي الكبير: (١٧/ ١٧٧): قال الشافعي رضي الله عنه: واللاعب بالشطرنج والحمام بغير قمار وإن كرهنا ذلك أخف حالًا.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا بأس بالسلام عليهم؛ ليصير جواب السلام شاغلًا لهم عن ذلك الأمر في تلك الساعة، ثم هذا إذا لم يقامر، فإن قامر يكون حرامًا بِالْإِجْمَاعِ، وتسقط عدالته، وإن لم يقامر لا تسقط عدالته؛ لأنه متاؤل فيه.

ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام؛ لأن وفد بني ثقيف دخلوا المسجد الحرام وكانوا كفارًا فلم يمنعهم رسول الله ﷺ.

ولأنا أجمعنا على أنه لا بأس به في سائر المساجد فكذلك في المسجد الحرام.

وقال الشافعي رحمه الله: يمنعون[1]؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التوبة: ٢٨] وإنا نقول - والله أعلم -: المراد منه الدخول للحج.

ويجوز قبول هدية العبد المأذون إذا كانت يسيرة، وكذلك إجابة دعوته، واستعارة دابته، وثيابه استحسانًا.

فإن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين أجابوا دعوة أبي سعيد مولى أَبِي أُسَيْدٍ[2].

وكذلك قبل رسول الله ﷺ هدية سلمان رضي الله عنه وكان يومئذ عبدًا.

ولأن التاجر يحتاج إلى ذلك كيلا ينسب إلى الشح والخساسة فتنفر قلوب الناس عن التجارة معه

ولا يجوز قبول كسوته هبة، وهبته الدراهم والدنانير أيضًا لا يجوز فإن ذلك من عادة العظام ولا يطلب من العوام خصوصًا من قوم لئام.

---

(١) قال الشافعي: ولا بأس أن يبيت المشرك في كل مسجد إلا المسجد الحرام فإن الله عز وجل يقول: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التوبة: ٢٨] فلا ينبغي لمشرك أن يدخل الحرم بحال. الأم للشافعي: (١/ ٧١).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف برقم: (١٧١٥٣).

رجل في يديه لقيط يجوز له أن يقبض ما وهب اللقيط وما يتصدق عليه؛ لأنه نفع محض.

وكذلك يصح قبض الصغير الهبة، وقبض أمه وأخته وعمته وما وهب للصغير يصح أيضًا سواء كان للصغير أب أو لم يكن، وأما الصغير إذا أهدى هدية لإنسانٍ، أو وهب هبة: لا يجوز، ولا يجوز لهؤلاء أن يؤجروا الصغير، ويجوز للأم أن تؤجر ابنها؛ لأن لها استخدامه دون هؤلاء.

ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية ـ وهو طوق حديد يمنعه أن يحرك رأسه ـ؛ لأنه عقوبة أهل النار أحدثها الجبابرة.

ولا بأس بأن يكبله ـ أي يقيده ـ إذا كان يخاف إباقه تحرزًا عن الضرر، وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كبل عبده.

رجل حمل خمر الذمي: فله الأجر يطيب له، وقال أبو يوسف ومحمد: يكره؛ لأنه إعانة على المعصية، وأبو حنيفة يقول المعصية تحصل باختيار العبد، فلا يضاف إليه كعصير العنب والمراد من قوله عليه السلام: «لعن الله في الخمر عشرًا الحامل والعاصر بقصد الشرب»[1].

ولا بأس بالتداوي بالحقنة للرجال والنساء، ولا يستعمل الحرام كالخمر ونحوه؛ لأن التداوي بالحرام باطل.

ولا بأس بأن يرزق القاضي من بيت مال المسلمين؛ لأنه يعمل للمسلمين فتكون كفايته في مالهم، فإن أبا بكر رضي الله عنه كان يأخذ كل يوم درهمًا وثلثي درهم، وعمر رضي الله عنه كان يأخذ كفايته، وأعطى عمر رضي الله عنه شريحًا كل شهر مائة درهم،

---

(١) أخرجه أبو داود برقم: (٣٦٧٤)، والترمذي برقم: (١٢٩٥)، وابن ماجه برقم: (٣٣٨٠).

وأعطاه علي رضي الله عنه بعده كل شهر خمسمائة درهم.

وإن كان بطريق الاستئجار: فهو حرام؛ لأن الاستئجار على الطاعة لا يجوز، وهذا إذا كان مال بيت المال جُمع بحق أما إذا جُمع ظلمًا فلا يجوز.

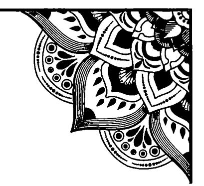
وقال بعضهم: الأخذ أفضل نظرًا لمن يجيء بعدهم.

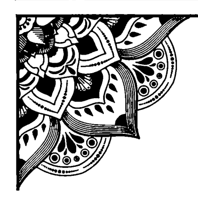
وإنما يعطي في ديارنا رزق السنة في أول السنة، وهذا كان من قبل فإن الخراج كان يؤخذ في أول السنة، وأما في زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة؛ ولهذا قلنا: إنما يؤخذ من الخراج خراج السنة الماضية، وعليه الفتوى.

ولا بأس بأن تسافر الأمة، وأم الولد والمكاتبة مع غير محرم؛ لأن الأجانب من هؤلاء في حق النظر والمس بمنزلة الرجل من ذوي رحم محرم، والله تعالى أعلم.









[باب العتق][1]

رجل قال: كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي، أو قال: كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر، فما كان في ملكه صار مدبرًا لا يجوز بيعه، وما اشتراه لم يصر مدبرًا لكن تعلق عتقه بالموت حتى جاز بيعه ويعتقان من الثلث.

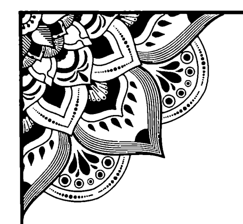
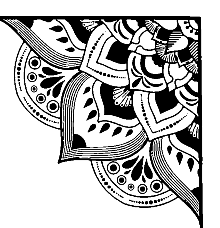
وروي عن أبي يوسف ـ وهو قول عيسى بن أبان ـ : أنه لا يعتق الذي اشتراه؛ لأن قوله كل مملوك لي، أو أملكه يتناول الحال، كما لو قال: كل مملوك أملكه فهو حر بعد غد: لا يتناول ما يملكه في المستقبل.

وجه ظاهر الرواية: وهو أن إضافة الإيجاب إلى الموت وصية، والوصية كما تتناول الحال تتناول ما يملكه قبل الموت؛ ألا ترى أنه لو قال: ثلث مالي لفلان وصية وليس له مال، ثم ملك مالًا، ثم مات: فللموصى له ثلث ذلك.

بخلاف ما ذكر من المسألة، والله أعلم.

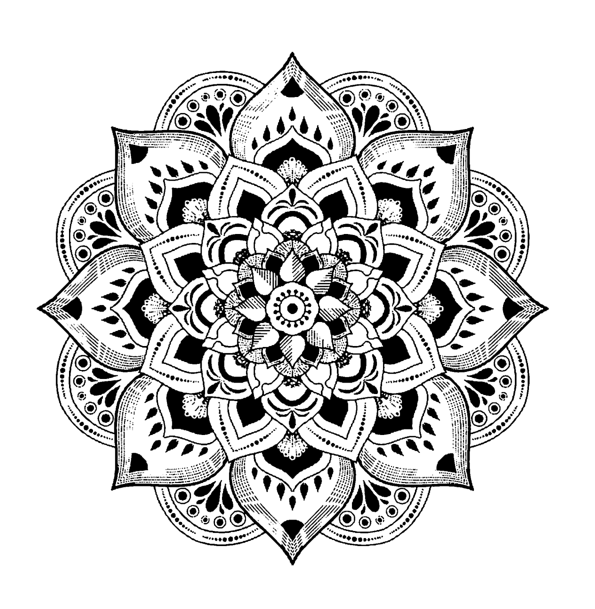


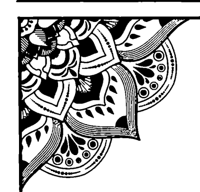
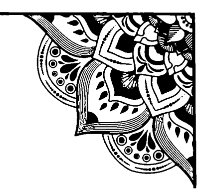
(١) في النسخة (ب) كتاب العتق والتدبير.

كتاب الأشربة



كتاب الأشربة(١)

الخمر حرام قليله وكثيره.

---

(١) **الْأَشْرِبَة**: جمع شراب، وهو كل مائع رقيق يستلذ شربه محرمًا كان أو غير محرم.
فالمحرم منها أربعة: الخمر، ونقيع الزَّبِيب، ونقيع التمر، والعصير المطبوخ إذا لم يذهب ثلثاه، وما سواها مباح شربها حرام السكر منها على ما قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «حُرِّمَتْ الْخَمْرُ لِعَيْنِهَا، وَالسُّكْرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ».
دل على إباحة شربها، الكتاب، والسنة.
أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿كُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟﴾ [البقرة: ٦٠] مُطْلَقًا من غير فصل بين شراب وشراب، إلَّا أَنَّا أجمعنا على تحريم الأربعة لدليل آخر فما وراءها بقي على العموم.
وكَذَلِكَ قوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] فظاهره يقتضي حل الِانْتِفَاع إلا ما قام الدَّلِيل على خلافه.
وأما السنة فقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنِ الِانْتِبَاذِ في الدُّبَّاءِ، وَالْحَنْتَمِ، وَالْمُزَفَّتِ الآن فاشربوا فِيمَا بَدَا لَكُمْ فإن الأواني لا تحلل ولا تحرم» أمر بالشرب، وأدنى درجات الأمر الإباحة.
وقد روي عن أم معبد مولاة القرظة الأنصاري قالت: كنت أنبذ لقرظة فكان يتعشى عنده أصحاب رسول الله ﷺ فيهم زيد بن أرقم، ومعاذ بن جبل، فكانوا يشربون النَّبِيذ وهم يعلمون أنه في الْجَرِّ الْأَخْضَرَ والدن المغير، ولو كان حرامًا أو مكروهًا لما قربه هؤلاء السادة، وَلِأَنَّ الْإِنْسَان قد يأكل الطَّعَام الخَشِبَ، ويتناول الأغذية الغليظة فستثقل جرمها، ويستبطئ هضمها، ويستوخم مغبتها، ويستقرب مضرتها، فيحتاج إلى ما يعين على استمرائها، ويسرع بإبطائها، وإلى هذا المعنى أشار عمر رضي الله عنه فقال: إِنَّا نَشْرَبُ هَذَا النَّبِيذ الشَّدِيدَ؛ لِنَقْطَعَ بِهِ لُحُومَ الْإِبِلِ فِي بُطُونِنَا أَنْ تُؤْذِيَنَا».
وعن ابن مسعود قال: عطش رسول الله ﷺ حول الكعبة فاستسقى فأتى بشراب مِنَ السِّقَايَةِ، فَشَمَّهُ فَقَطَّبَ فأتى بِذَنُوبٍ مِنْ زَمْزَمَ، فَصَبَّ عَلَيْهِ فقال له رَجُلٌ: أَحَرَامٌ هُوَ؟ فَقَالَ: «لَا».
وهذا نص على الإباحة إذ لا واسطة بين الإباحة والتَّحْرِيم. =

لقوله سبحانه وتعالى: ﴿رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ﴾ [المائدة: ٩٠]، ولأنه قرن بالميسر وبعبادة الأصنام: لقوله عز وجل: ﴿فَٱجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠].

ولقوله عز وجل: ﴿وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١] معناه ـ والله تعالى أعلم ـ أي انتهوا.

ومن استحل قليله أو كثيره: يكفر؛ لأنه أنكر النصوص القاطعة.

وحرمته غير معلولة بالسكر؛ لقوله عليه السلام: «حرمت الخمر لعينها، والسكر من كل شرابٍ»(١).

ولو أصاب الثوب أكثر من قدر الدرهم يمنع جواز الصلاة، ويجب الحد بشرب

= وروي في رواية أخرى أنه قال: «إِذَا اغْتَلَمَتْ عَلَيْكُمْ هَذِهِ الْأَوْعِيَةُ، فَاكْسِرُوا مُتُونَـهَا بِالْمَاءِ».
عن الثوري قال: بعثني الرَّبِيع بْنَ خُثَـيْمٍ، قال: اشتر لي طلاء فاشتريته وفيه بعض الحلاوة فقال: رده واشتر لي مَا هُوَ أَشَدُّ مِنْهُ.
وهذا يدل على أن المعتق منه كالْحَدِّيث في الإباحة.
وقال ابْن أَبِي لَيْلَى: أَشْهَدُ عَلَى الْبَدْرِيِّينَ من أصحاب مُحَمَّد أنهم كَانُوا يَشْرَبُونَ النَّبِيذ فِي الْجِرَارِ الْخُضْرِ.
وعَنْ عَاصِمِ بْنِ بَهْدَلَةَ قال: أدركت أقوامًا يتخذون هذا اللَّيْل جملًا يلبسون المعصفر ويشربون نبيذ الجر لا يرون به بأسًا منهم أو وائل وزِرّ بْنِ حُبَيْشٍ.
وروي عن ابن عمر، وأبي ذر، وأبي عبيدة، ومعاذ بن جبل، وأبي الدرداء، وأبي هريرة، وعبد الله ابن أبي أوفى، وزيد بن أرقم، وعمران بن الحصين، وأبي بكرة، وجرير بن عبد الله في آخرين من الصَّحَابَـة شرب النَّبِيذ وإباحته بألفاظ مختلفة وأسانيد صحيحة، كذا ذكره الْجَصَّاص في شرح مختصر الطَّحَاوِيّ.
والأحاديث في هذا كثيرة وفي ما ذكرناه كفاية فالقول بتحريمه مع هذا قول بنسبة الصَّحَابَة والسلف الصالح إلى ارتكاب المحظور ومباشرة المحرم، وهذا لَا يَجُوزُ، وفساده ظاهر.
وأما الخمر فحرام قليلها وكثيرها عَلَى مَا مَرَّ.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى برقم: (٢٠٩٤٧).

قطرة منه، وحده: ثمانون جلدة ولا يضمن متلفه، ولا يجوز بيعه، ولا يجوز التداوي به.

والخمر، هي: النيء من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا غلا واشتد صار خمرًا وإن لم يقذف بالزبد.

أما ما دام قارصًا يحل شربه بالاتفاق ولم يكن حرامًا.

ولو طبخ أدنى طبخة وهو الطلاء، والباذق، والمنصف، وما كان الذاهب بالطبخ أقل من الثلثين: فمكروه وشربه حرام بالاتفاق.

إلا على قول مالك[1].

وإنما ذكر محمد رحمه الله بلفظ الكراهة في المطبوخ؛ لأن حرمته ما ثبتت بدليل مقطوع به؛ بل ثبتت بخبر الواحد حتى لا يكفر مستحله، ولا يحد شاربه ما لم يسكر، ويجوز بيعه، ويضمن متلفه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وصاحباه خالفاه في البيع والضمان.

ولو أصاب الثوب أكثر من قدر الدرهم: فيه روايتان، والصحيح: أنه يمنع جواز الصلاة احتياطًا.

أما المثلث، وهو ما ذهب ثلثاه، وبقي ثلثه، ثم صب فيه الماء حتى رق واشتد وقذف

---

(١) وأما الأشربة فلا يحرم منها إلا ما أسكر فيحرم جميعه من أي نوع كان من عنب أو زبيب أو تمر أو رطب أو بسر نياً كان أو مطبوخاً قليله وكثيره وشرب الخليطين مما ذكرناه.
وانتباذهما مكروه والانتباذ فيما عدا الدباء والمزفة جائز وفيهما مكروه وشرب العصير جائز وكذلك العقيد إذا ذهب منه بالطبخ الأكثر الثلثان وشبهه. التلقين في الفقة المالكي: (١/ ١١١).

بالزبد: حل شربه للتداوي، واستمراء الطعام عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد والشافعي رحمهما الله: لا يحل، ولو سكر منه حد بِالْإِجْمَاعِ[1].

وطلاق السكران منه واقع، وعتاقه وبيعه وإقراره جائز.

ولو شرب للهو فقليله وكثيره، والقعود كذلك والمشي إليه حرام بِالْإِجْمَاعِ.

الخمر إذا خلط بالماء، إن كان الماء أقل أو كانا سواء: يحد شاربه بقطرة منه، وإن كان الماء غالبًا: فلا يحد ما لم يسكر؛ لأن قليله لا يدعوا إلى كثيره.

وكذلك لو شرب الدردي: لا يحد ما لم يسكر؛ لما قلنا.

ولا يجوز الامتشاط به؛ لأنه حرام.

الخمر إذا تحمضت لكن بعض المرارة فيها قائم: فهي خمر عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: هي خل.

ولو خلط الماء في العصير، ثم طبخ، فإن كان الماء يذهب أولًا بالطبخ يطبخ حتى يذهب الماء كله، ثم يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه، وإن كان يذهب الماء مع العصير بالطبخ: يطبخ حتى يذهب ثلثا الجملة، ثم غلا واشتد: فهو حلال عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله: حرام.

فإن الأصل عنده: «ما أسكر كثيره، فقليله حرامٌ»[2] روي بهذا اللفظ عن النبي عليه السلام وعن عائشة رضي الله عنها وعن أبيها.

---

(١) قال صاحب الحاوي الكبير: (١٣/ ٤٠٧) قال الماوردي: أما شارب الخمر فعليه الحد سكر منه أو لم يسكر. وقد دللنا عليه. وأما شارب النبيذ فإن سكر منه حد في قول الجميع، وإن لم يسكر منه حد في قول من حرمه، ولم يحد في قول من أحله.

(٢) أخرجه أبو داود برقم: (٣٦٨١)، والترمذي برقم: (١٨٦٥)، وابن ماجه برقم: (٤٣٧).

وقد نقل أن أبا حنيفة لم يشرب في عمره المثلث ولكن إنما قال: يحل شربه حتى لا يلزمه تضليل كثير من الصحابة رضي الله عنهم، فإنه روي عن النبي عليه السلام في حجة الوداع استسقى العباس فأتاه بالشراب فلما قربه من فيه قطب وجهه، ثم دعا بماء فصب عليه فشرب، ثم قال: إذا رابكم شيء من هذه الأشربة فاكسروا متونها بالماء»[١] وإنما قطب وجهه لشدته، روي أنه كان مثلثًا.

وعمر رضي الله عنه كان يشرب المثلث وأمر الناس باتخاذه، فإنه روي أنه كتب إلى عمار بن ثابت رضي الله عنه «إني أتيت بشرابٍ من الشام قد طبخ حتى ذهب ثلثاه، وبقي ثلثه، وذهب حرامه وريح جنونه، وبقي حلوه وحلاله، يشبه طلاء الإبل، فمر من قبلك يتوسعوا به في أشربتهم»[٢] وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد.

وكذا روي أن عليًّا رضي الله عنه أضاف قومًا فسقاهم المثلث فسكر بعضهم فحده، فقال الرجل: تسقيني ثم تحدني؟ فقال علي رضي الله عنه: إنما أحدك لسكرك، وكذا كان مذهب عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، ومذهب عبد الله بن عباس، حتى قال أبو حنيفة: إن مذهب السنة لا يحرم نبيذ الجر؛ لأن في تحريمه تفسيق الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، والإمساك عن تفسيقهم من شرائط مذهب أهل السنة.

وأما السكر، وهي: النيء من ماء الرطب حرام عندنا.

وقال شريك بن عبد الله: حلال: لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا ﴾ [النحل: ٦٧].

ولنا: حديث ابن مسعود أنه سئل عن التداوي بالمسكر، فقال: «إن الله تعالى لم

(١) أخرجه النسائي برقم: (٥٦٩٤).
(٢) الآثار لأبي يوسف: (ص٢٢٧).

يجعل شفائكم فيما حَرَّمَ عليكم»[١].

وقال عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين، وأشار إلى: الكرم، والنخل»[٢] وأراد به الحرمة.

ونقيع الزبيب ونبيذ التمر إذا صار مسكرًا وهو نيء لم يطبخ: فهو حرام عندنا.

خلافًا لما يقول حماد بن أبي سليمان، فإنه يقول: السكر حرام؛ لقوله عليه السلام: «السُّكْرَ من كل شراب»[٣].

ولنا: حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه سئل عن نقيع الزبيب، فقال: هي خمر فاجتنبوها[٤] ولا يحد حتى يسكر بِالْإِجْمَاعِ.

وإذا طبخ النقيع والنبيذ أدنى طبخة، ثم غلا واشتد: فلا بأس بشرب القليل منه، إلا على قول محمد؛ لحديث ابن زياد، قال: سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي إلى منزلي فغدوت إليه من الغد وأخبرته بذلك، فقال: «مَا زِدْنَاكَ عَلَى عَجْوَةٍ وَزَبِيبٍ»[٥] ومراده المطبوخ؛ لأن في النيء قال هي خمر فاجتنبوها.

قال: **وما سوى هذه الأنبذة من نبيذ الحنطة والشعير والدخن والعسل والتين: حلال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف قليله وكثيره ولا يحد من سكره وكان بمنزلة لبن الرماك** يعني القميس.

وروي عن محمد: أنه يكره شربها إذا كان يسكر كثيرها.

---

(١) صحيح البخاري: (٧/ ١١٠).

(٢) أخرجه مسلم برقم: (١٩٨٥).

(٣) أخرجه النسائي في سننه برقم: (٥٦٨٣).

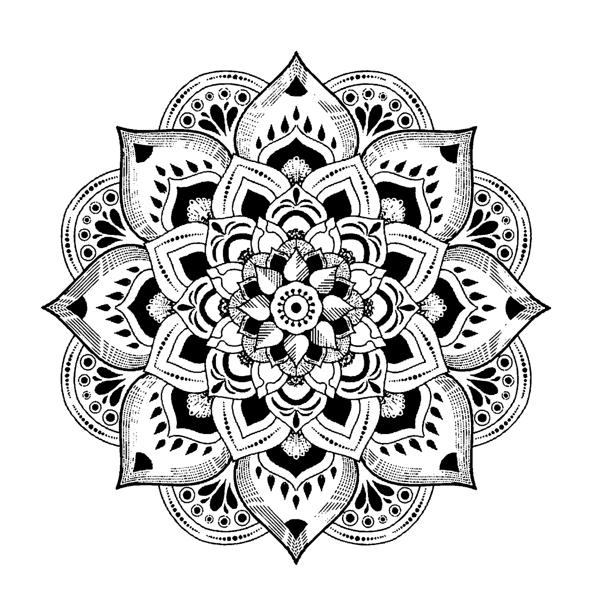
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف برقم: (٢٣٨٤١).

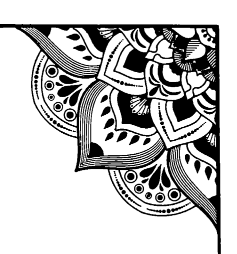
(٥) الآثار لأبي يوسف: (ص٢٢٦).

وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً في هذه الأشربة: إذا كان بحال لا تتغير بمضي عشرة أيام ويبقى يكون مكروهًا، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة ـ يعني هو حلال ـ، وكان يقول في السكر ونقيع الزبيب ونبيذ التمر إذا غلا واشتد وهي نيء إن كان يحمض إلى عشرة أيام يحل شربه، ثم رجع إلى قولهما يعني هو حرام.

غلام أحد أبويه مجوسي والأخر كتابي فهو كتابي؛ لأن دين الكتابي خير من دين المجوسي، والولد يتبع خير الأبوين ديناً.



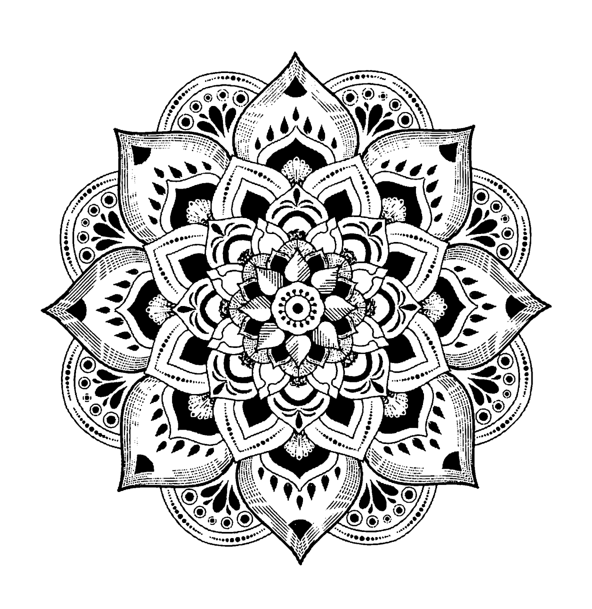


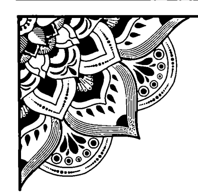
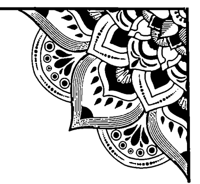


كتاب الصيد







كتاب الصيد(١)

مسلم أرسل كلبه إلى صيد وسمى فزجره مجوسي - أي أغراه - فانزجر وأخذ: أكل؛ لأن طاعة الكلب حصل عقيب شيئين:

عقيب إرسال المسلم، وهو بمنزلة الصريح.

وعقيب زجر المجوسي، وهو بمنزلة الدلالة فلا معتبر بالدلالة عند وجود الصريح حتى لو أرسله مجوسي وزجره مسلم وسمى: لم يحل؛ لما ذكرنا.

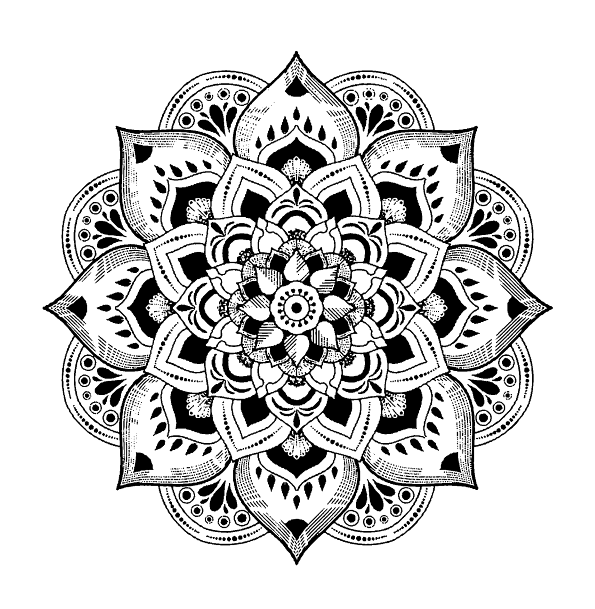
ولو لم يرسله أحد لكن أخذ الصيد بالزجر، فإن كان هو المسلم: يحل، وإن كان هو المجوسي: لم يحل؛ لأنه لم يوجد الصريح هنا فتعتبر الدلالة، والله أعلم.

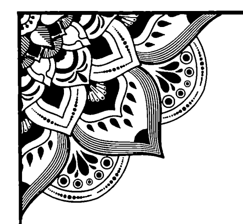
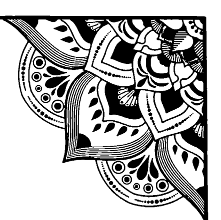
---

(١) **الصَّيْد**: مصدر صاد يصيد صيدًا ويبنى منه الافتعال، فيقال: اصطاد يصطاد اصطياد انقلبت التاء طاء؛ لقرب المخرج كما في الاضطرار والاصطبار من الضرورة والصبر، ثم هو وَإِنْ كَانَ اسم المصدر يطلق على المفعول، يقال: هذا صيد فلان، وجاء صيد كثير، وهذا شائع ذائع فِي اللُّغَةِ: قَالَ الشَّاعِرُ:

صَيْدُ الْمُلُوكِ أَرَانِبُ وَثَعَالِبُ   وَإِذَا رَكِبْتُ فَصَيْدِي الْأَبْطَالُ

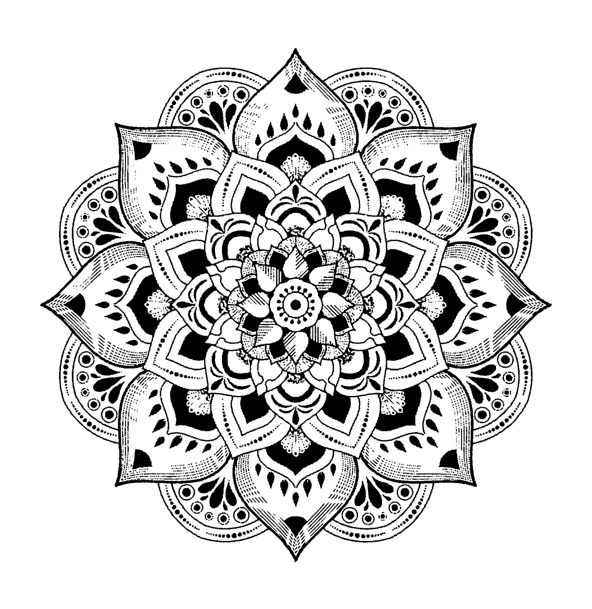
وهو كإطلاق اسم الخلق على المخلوق، والعلم على المعلوم؛ وَلِهَذَا لو حلف بعلم الله لا تنعقد يمينه ومعناه وحقيقته هو أخذ الشيء بضرب احتيال ونوع تلطف في فطنة، يقال: فلان يصطاد أموال النَّاس بالحيل، ويصطاد الْكَلَام من أفواه الرجال إذا ناقش المتكلم في كلامه دل على جواز الاصطياد وإباحته قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة:٢] أمر به، وأقل أحوال الأمر الإباحة. وقوله: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة:٩٦] الآية وهذا نص لا يحتمل التأويل وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَهُ» ظاهره يقتضي الملك للآخذ والمقصود من الملك حل الِانْتِفَاع، وَلِأَنَّ الصَّيْد من المباحات الَّتِي لا مالك لها؛ كالماء، والكلأ، والحطب وغيرها فكان كل أحد يتمكن من أخذها تمكينًا له من الجري على موجب التكليف، والقيام بأداء ما خلق له وهو عبادة الله تعالى.

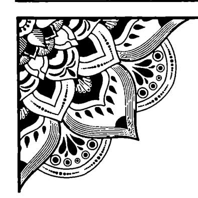
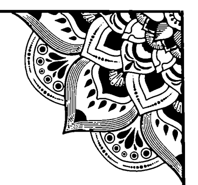


كتاب الرهن



كتاب الرهن(١)

الرهن بالدرك باطل، والكفالة به صحيحة؛ لأن ضمان الدرك يجب عند الاستحقاق فكان الدين عدمًا في الحال، والرهن بالدين، ولا دين محال؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء واستيفاء الدين قبل الدين لا يتصور.

أما الكفالة بدين سيجب جائزة؛ ألا ترى أنه إذا قال: ما ذاب لك على فلان فهو عليَّ: يصح.

وكل شيء رهن فليس برهن حتى يقبضه؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ولأن حكم الرهن هو الحبس وذاك يكون بعد القبض.

---

(١) **الرّهن**: في اللّغة عبارة عن اللزوم والاستيثاق، يقال: إني لك رهن بكذا أي ضامن وملتزم.
وقال الشاعر:

وفارقتك برهنٍ لا فكاك له ... يوم الوداع فأضحى الرّهن قد غلقا

وقال آخر:

أبعد الّذي بالنّعف نعف كويكبٍ ... رهينة رمسٍ ترابٍ وجندل

والرهينة بمعنى الرّهن كالشتيمة بمعنى الشتم، وكلاهما قد استعملا بمعنى المرهون.
وفي الشّرع: عبارة عن عقد وثيقة بمال على وجه يكون هو أحق بالمرهون من سائر الغرماء فيحصل له معنى الوثيقة من هذا الوجه.
دلّ على شرعيّته قوله تعالى: ﴿وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [البقرة:٢٨٣].
وقوله عليه السّلام للذي ارتهن فرسًا بدين له فنفق «ذهب حقّك» «الرّهن بما فيه».
وروي أنه اشترى من يهودي طعامًا ورهنه درعه.
وإجماع الأمة منعقد على ذلك أيضًا، والإجماع من أقوى الأدلة.

رجل رهن عصيرًا قيمته عشرة بعشرة دراهم دين فصار خمرًا، ثم صار خلًا يساوي عشرة: فهي رهن بعشرة؛ لأن صيرورته خمرًا لا يبطل الرهن كما لا يبطل البيع.

ولو رهن شاة قيمتها عشرة بدين عشرة فماتت في يد المرتهن فدبغ جلدها والجلد يساوي درهمًا: فهي رهن بدرهم، وصار مستوفيًا تسعة دراهم؛ لأن عقد الرهن تقرر بالهلاك ولا يبطل، فإذا عادت المالية بقدر درهم والعقد باقي فكان رهنًا بهذا القدر.

بخلاف الشاة المبيعة إذا ماتت قبل القبض، ثم دبغ جلدها: حيث لا يعود البيع في شيء؛ لأن الشاة لما ماتت انتقض البيع، والمنتقض لا يعود.

أمة رهنت بدين ألف قيمتها ألف، فماتت في يد المرتهن: سقط الدين عندنا.

خلافًا للشافعي[1].

لنا: أن قبض الرهن استيفاء في حق ملك اليد؛ لأن الظاهر أن الراهن إنما يدفعه لجهة الإيفاء؛ لأنه مستحق عليه إلا أن هذا استيفاء غير متقرر ينتقض بقضاء الدين من كل وجه، وإنما يتقرر بالهلاك، فإذا هلك صار مستوفيًا دينه بمالية الرهن من حيث ملك اليد فلو استوفاه ثانيًا يؤدي إلى تكرار الاستيفاء في حق ملك اليد فيكون ربًا.

وكذا لو رهن برأس المال عينًا، وهلك في المجلس: صار المسلم إليه مستوفيًا رأس المال من حيث المالية ولا يكون استبدالًا برأس المال؛ لأنا جعلناه مستوفيًا من حيث المالية لا من حيث العين؛ لأن العين هلك على ملك الراهن حتى كان الكفن عليه، ومن حيث المالية هو جنس رأس المال فلم يكن استبدالًا، وهذا عندنا.

وعند زفر: يبطل السلم؛ لأن عنده بهلاك الرهن يصير المرتهن مستبدلًا الدين بالرهن، والاستبدال برأس المال باطل، فإذا افترقا من غير قبض بطل السلم، وفي قوله

---

(١) فتح العزيز بشرح الوجيز: (١٠/ ٧٩)، روضة الطالبين: (٤/ ٧١).

الأول، يبرأ الراهن عن الدين، والإبراء عن رأس المال يبطل السلم أيضًا.

ولو رهن بالمسلم فيه وهلك في يد رب السلم: صار رب السلم مستوفيًا، ولم يكن استبدالًا بالمسلم فيه عندنا؛ لأنهما تجانسا من حيث المالية على ما مر في جانب رأس المال، وعلى قول زفر رحمه الله على قوله الأول بالإبراء برئ المسلم إليه عن المسلم فيه، وعلى قوله الآخر كان مستبدلًا، فلم يصح الاستبدال، وبقي المسلم فيه على المسلم إليه كما كان.

رجل رهن عبدًا يساوي ألفًا بألف، ثم أعطاه عبدًا آخر رهنًا مكان الأول: فالأول رهن ما لم يرده على الراهن، ولا يصير الثاني رهنًا إلا بعد رد الأول؛ لأن الأول إنما صار رهنًا بالقبض فما دام القبض باقيًا كان الرهن باقيًا، والثاني لا يصير رهنًا مكان الأول مع بقاء الأول على الرهن.

ولو زاد عبدًا آخر قيمته ألف رهنًا كان الأول والثاني رهنًا كل واحد بخمسمائة، والزيادة في الرهن صحيحة عندنا.

خلافًا للشافعي[1].

والحجة لنا ما ذكرنا في الزيادة في المبيع في كتاب البيوع.

والزيادة في الدين لا تصح، بأن قال الراهن: أقرضني خمسمائة أخرى على أن يكون العبد الذي رهن عندك يكون رهنًا بألف وخمسمائة فهذا لا يصح والعبد رهن بألف كما كان في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تصح الزيادة في الدين.

هو قاسه على الزيادة في الثمن في باب البيع، والفرق لهما ما مر في كتاب البيوع.

---

(١) الأم للشافعي: (٣/ ١٥٨).

رجل رهن عبدًا يساوي ألف بألف فهلك العبد، ثم استحقه رجل وضمَّن الراهن قيمته: نفذ الرهن وهلك فهلك بالدين؛ لأن الراهن ملكه بأداء الضمان من وقت القبض فتبين أنه رهن ملك نفسه، وإن ضمن المستحق المرتهن قيمته بطل الرهن ويرجع المرتهن بما ضمن على الراهن وبدينه أيضًا.

وإذا رجع على الراهن بما ضمن: لا ينفذ الرهن؛ لأنه إنما يرجع على الراهن بما ضمن؛ لأنه في حق العين كالمودع، والمودع يرجع على الغاصب بما ضمن.

وإنما لم ينفذ الرهن عليه؛ لأن رجوعه عليه باعتبار استعماله إياه بأمره له بالقبض فاقتصر الرجوع على وقت دفع الرهن إليه، واقتصر بثبوت الملك للراهن على ثبوت وقت الدفع، وعقد الرهن كان سابقًا عليه، فلا يتوقف على ملك مستحدث، بخلاف المضاربة إذا استحق رأس مال المضاربة وضمن المستحق رب المال أو المضارب: تنفذ المضاربة في الوجهين.

أما إذا ضمَّن رب المال: نفذت المضاربة أيضًا؛ لأن رب المال وإن ملك مال المضاربة من وقت دفع المال إلى المضارب، وعقد المضاربة كان سابقًا عليه إلا أن المضاربة ليس بعقد لازم، فكان لدوامه حكم الابتداء؛ ألا ترى أن المضاربة تبطل بموت رب المال، أو بموت المضارب؛ كالوكالة، فصار كما لو أنشأ العقد بعد الرجوع: فنفذت.

أما الرهن عقد لازم؛ ألا ترى أنه لا يبطل بموت الراهن ويختص به، وكذلك بموت المرتهن فلم يكن لدوامه حكم الابتداء فتعذر تنفيذ العقد ابتداءً وبقاءً فبطل.

رجل في يديه عبد أقام رجلان كل واحد بينة أنه رهنه عبده الذي في يديه وقبضه: لا يقضى لهما بشيء؛ لأنه لا يمكن أن يقضى لكل واحد بكل العبد رهنًا عنده كما تقتضيه البينة؛ لأنه محال.

ولو قضى لكل واحد بنصفه، فهذا يكون خلاف ما أوجبته البينة ويتمكن الشيوع أيضًا، والشيوع يبطل الرهن فتعين البطلان بخلاف البيع؛ لأن ثمة لو قضى لكل واحد بالنصف شائعًا يصح.

فإن قيل: لم لا يجعل رهنًا منهما حمله وأنه يصح؟

قلنا: لأن هذا خلاف ما تقتضيه البينة.

ولو مات الراهن والعبد في أيديهما وأقام كل واحد بينة على ما قلنا: يقضى لكل واحد بنصفه رهنًا يبيعانه فيكون الثمن بينهما؛ لأن حكم الرهن بعد موت الراهن الاستيفاء، والشيوع لا يمنع الاستيفاء.

ونظيره: رجلان أقام كل واحد بينة على امرأة أنها امرأته: لم تقبل، ولو كان ذلك بعد موتها: يقبل؛ لأن حكم النكاح بعد موتها الميراث وأنه يحتمل الشركة.

المدعى عليه وكل رجلًا بالخصومة بطلب المدعي، وغاب الموكل: أجبر الوكيل على الخصومة؛ لأن الوكالة صارت حقًا للمدعي فوجبت الخصومة ليتمكن المدعي من إقامة البينة عليه فيصل إلى حقه.

رجل عدل وضع في يديه رهن على أنه إذا حل أجل كذا يبيعه ويوفي ثمنه المرتهن، وغاب الراهن أو مات، فلما حل الأجل أبى العدل أن يبيعه: أجبر على بيعه؛ لأن الوكالة وقعت لازمة؛ لحصولها في ضمن عقد لازم وهو الرهن، والثاني أنه تعلق به حق المرتهن فيجب بيعه إيصالًا له إلى حقه.

ولو شرط ذلك بعد عقد الرهن فالوجه الأول يدل على أنه لم يجبر على البيع والوجه الثاني يدل على أنه يجبر، وهو الصحيح.

ولو مات الوكيل انتقضت الوكالة، وليس للمرتهن أن يبيعه بغير رضا الراهن؛ لأنه

رضي برأي الوكيل لا برأي غيره.

ولو كان الراهن وكل المرتهن ببيعه: فله أن يبيعه بغير حضرة الراهن ولا ينعزل بموت الراهن ولا بعزله.

لما مر.

رجل اشترى شيئًا بدراهم، فقال للبائع: امسك هذا الثوب حتى أعطيك الدراهم: فهو رهن؛ لأنه أتى بمعنى الرهن والعبرة للمعنى.

الأب إذا رهن مال ابنه الصغير بدين نفسه: يصح؛ لأن هذا قضاء دين نفسه بمال الصغير فيصير كأنه اشترى ماله لنفسه وذلك داخل تحت ولايته.

رجل رهن عبدًا قيمته ألف بألف فرجع [سعره][1] إلى مائة فقتله رجل خطأ فغرم المائة أخذ المرتهن المائة وسقط عن الراهن تسعمائة؛ لأن الفضل غير المائة وهو تسعمائة توى في ضمان المرتهن فصار مستوفيًا.

ولو أمر الراهن المرتهن ببيعه فباعه بمائة: فإنه يأخذ المائة بحقه ويرجع بتسعمائة على الراهن؛ لأن بيع المرتهن بأمر الراهن كبيع الراهن بنفسه كأن الراهن أخذه وباعه فيكون الفضل باقيًا على الراهن لا على المرتهن فلا يسقط شيء من حقه.

فإن قتله عبد قيمته مائة خطأ فدفع مكانه: افتكه الراهن بجميع الدين.

وعند زفر رحمه الله: يفتكه بمائة.

ثم عند محمد رحمه الله: يتخير الراهن إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء تركه على المرتهن بدينه؛ لأن التغيير حصل في ضمان المرتهن كالمغصوب إذا تغير في ضمان الغاصب.

---

(١) في النسخة (ب) قيمته.

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: لا خيار للراهن بل يجبر على الفكاك بجميع الدين؛ لأن العبد المدفوع قام مقام الأول كأنه هو، ولو كان الأول قائمًا يجبر على الفكاك بجميع الدين، كذا هنا.

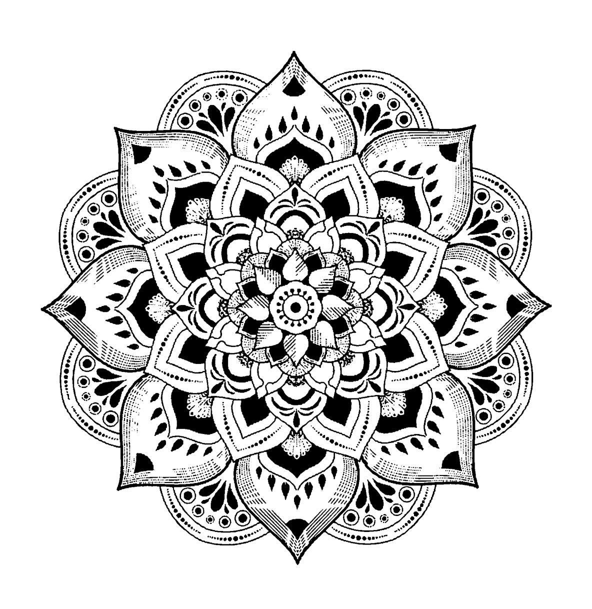
رجل رهن قلب فضة وزنه عشرة دراهم فضاع، فإن كان قيمته مثل وزنه عشرة أو أكثر من وزنه: سقط جميع الدين؛ لأن بالرهن وفاء الدين وزنًا وقيمةً.

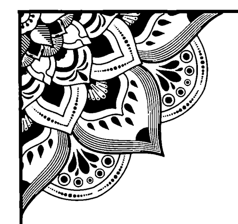
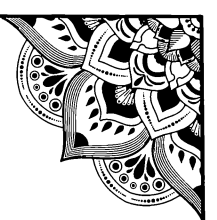
وإن كان قيمته أقل من وزنه مثلًا ثمانية فعند أبي حنيفة رحمه الله: يسقط جميع الدين؛ لأن عنده العبرة للوزن، والوزن مثل الدين عشرة.

وعندهما: يضمن المرتهن قيمته ثمانية من خلاف جنسه، ويكون القلب ملكًا للمرتهن بالضمان وصار الضمان رهنًا قائمًا مقام الأول؛ لأنا لو جعلناه مستوفيًا بقدر وزنه يتضرر المرتهن بإسقاط حقه في الجودة، ولو جعلناه مستوفيًا بقدر قيمته ثمانية يؤدي إلى الربا، فمست الضرورة إلى العدول عن ضمان الدين إلى ضمان القيمة من خلاف جنسه، وتمامه في الزيادات.

العدل إذا باع الرهن وأوفى الثمن للمرتهن، ثم استحق الرهن، فالمستحق بالخيار: إن شاء ضمَّن الراهن، وإن شاء ضمَّن العدل، فإن ضمَّن الراهن ينفذ بيع العدل، وصح اقتضاء المرتهن الدين بالثمن، وإن ضمَّن العدل القيمة كان العدل بالخيار: إن شاء رجع بما ضمن على الراهن؛ لأنه وكيله فيرجع عليه بما لحقه من الغرم، ونفذ البيع، وصح اقتضاء المرتهن دينه.

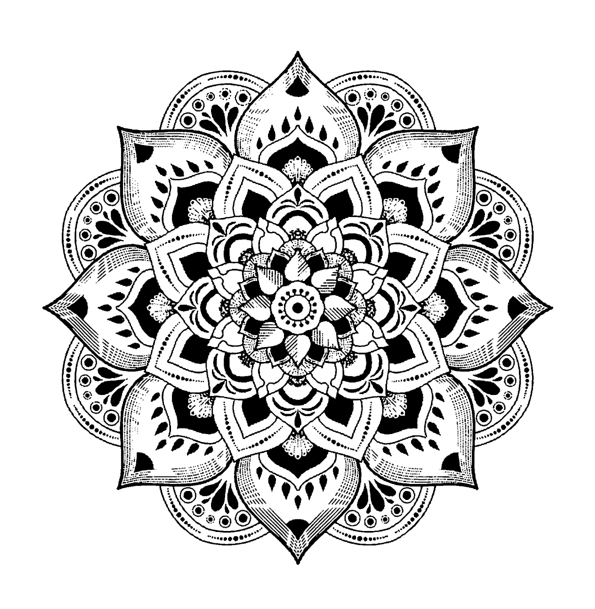
وإن شاء رجع على المرتهن بما أدى إليه من الثمن؛ لأنه ظهر أن العدل ملك الرهن بأداء الضمان إلى المستحق، والبيع وقع للعدل والثمن ملكه؛ لأنه بدل ملكه وهو الرهن المبيع فكان له أن يرجع على المرتهن بالثمن، وبطل اقتضاء المرتهن الدين فيرجع المرتهن على الراهن بدينه، والله تعالى أعلم بالصواب.

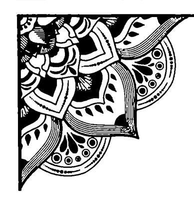


كتاب الجنايات



كتاب الجنايات

رجل شج نفسه، وشجه رجل، وعقره أسد، وأصابته حية ومات من ذلك كله: فعلى الأجنبي ثلث الدية؛ لأن فعل الحية والكلب جنس واحد من حيث كونه هدر فكانا شخصًا واحدًا، وفعل نفسه معتبر في حق الإثم وفعل الأجنبي معتبر في حق الإثم والضمان فكانا مختلفين فصار كأنه تلف بثلاثة أشخاص، والعبرة لعدد الجناة لا لعدد الجنايات، فكان على الأجنبي ثلث الدية في ماله؛ لأن العاقلة لا تعقل العمد.

رجل ضرب رجلًا بمرٍ فقتله، فإن أصابه بالحديدة بحدته: وجب القصاص بِالْإِجْمَاعِ، وإن أصابه بظهره ولم يجرحه، فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان:

في ظاهر الرواية: يجب القصاص.

اعتبارًا للحديد.

وفي رواية الطحاوي: لا يجب القصاص.

اعتبارًا للجرح.

وسنجات[1] الميزان والعمود المتخذ من الحديد هكذا، وعندهما: يقتص بكل حال.

وإن ضربه بعود المر: ففيه الدية عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: القصاص.

لهما: أنه قتل من كل وجه بغير حق.

---

(١) **سنجة الْمِيزَان:** مَا يُوزن بِهِ كالرطل وَالْأُوقِية جمعه: سنج. المعجم الوسيط: (١/ ٤٥٣).

ولأبي حنيفة: أنه لو وجب القصاص فلا يخلوا: إما أن يقتل دقًا، أو جرحًا؛ لا وجه إلى الأول؛ لقوله عليه السلام: «لا قود إلا بالسيف»[١].

ولا وجه أن يجب جرحًا؛ لأنه تنعدم المماثلة، وإذا تعذر إيجاب القصاص، فتجب الدية.

رجل ذبح رجلًا بليطة قصب: فعليه القصاص؛ لوجود القتل من كل وجه.

صفان من المشركين ومن المسلمين التقيا فقتل مسلمٌ مسلمًا ظنه عدوًا: ففيه الدية والكفارة؛ لأنه قتل خطأ.

رجل قتل ابنه عمدًا: تجب الدية في ماله في ثلاث سنين.

وقال مالك: يجب القصاص[٢].

لنا: قوله عليه السلام: «لا يقاد والدٌ بولده»[٣]، ولأنه لو وجب القصاص يجب للمقتول أولًا، ثم يستوفي عنه وارثه، وليس للابن أن يقتل أباه بسبب الحراب، فبهذا السبب أولى، وإذا لم يجب القود تجب الدية في ماله؛ لأنه عمد والعاقلة لا تعقل العمد.

معتوه قتل ابنه: فلأبيه أن يقتص من القاتل؛ لأن القصاص ليشفي الصدور، وذلك يرجع إلى نفسه، وللأب ولاية على نفسه وله أن يصالح؛ لأنه أنفع للمعتوه، وليس له أن يعفو.

وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمدًا فلأبيه أن يقتص أو يصالح؛ لما مر.

---

(١) أخرجه ابن ماجه برقم: (٢٦٦٧) والدارقطني في سننه برقم: (٣١٠٩).

(٢) قال القاضي عبد الوهاب في الإشراف: (٢/ ٨١٤): إذا تعمد الأب قتل ابنه قتل به، خلافًا لأبي حنيفة والشافعي؛ لعموم الظاهر في إيجاب القصاص.

(٣) أخرجه ابن ماجه برقم: (٢٦٦١)، والدارقطني في سننه برقم: (٣٢٧٣).

وللوصي أن يصالح، وليس له أن يقتص أو يعفو؛ لأنه لا ولاية له على النفس ومنفعة القصاص راجعة إلى النفس، ومنفعة الصلح راجعة إلى المال، وله ولاية على المال.

وذكر في كتاب الصلح: أن الوصي لا يملك الصلح أيضًا فصار فيه روايتان.

وأما القاضي فالصحيح أنه مثل الأب.

رجل قتل وله أولياء صغار وكبار: فللكبار أن يقتلوه القاتل في قول أبي حنيفة؛ لأن ولاية استيفاء القصاص لا تتجزئ فتتكامل فتثبت لكل واحد كمال الولاية، كما في ولاية النكاح.

وقالا: ليس لهم أن يستوفوا حتى يدرك الصغار.

وقاسا على الكبيرين أحدهما غائب: ليس للحاضر أن يستوفي بِالْإِجْمَاعِ.

رجل أحمى تنورًا وألقى فيه إنسان لا يستطيع الخروج، ومات: يجب القصاص؛ لأن النار تجرح.

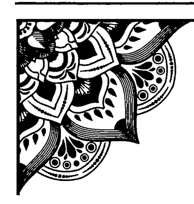
رجل غرق صبيًا أو بالغًا في البحر فمات: تجب الدية عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجب القصاص.

وهي مسألة القتل بالمثقل، وكذا الحجر العظيم والخشبة على هذا الخلاف.

إذا ضرب إنسان بسوطٍ صغير ووالى في الضربات حتى مات: تجب الدية عندنا.

وعند الشافعي: يجب القصاص.

ولنا: أن السوط آلة التأديب لا آلة القتل، فانعدم القصد إلى القتل في الابتداء نظرًا إلى الدليل، والعمد شرط وجوب القصاص، والله أعلم.





باب الشهادة بالقتل

رجل قتل وله ابنان، فغاب أحدهما، فأقام الحاضر البينة على القتل، ثم قدم الغائب: لم يحتج إلى إعادة البينة في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن القصاص يجب للمقتول أولًا، ثم ينتقل إلى الوارث فينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فيما يدعي للمورث؛ ألا ترى أن للمرأة نصيبًا من القصاص ولا سبب لها إلا بطريق الوراثة، وصار كالخطأ والدين إذا أقام الحاضر بينة على القتل خطأ أو على الدين للميت على فلان، ثم قدم الغائب: لم يحتج إلى إعادة البينة، كذا هذا.

ولأبي حنيفة: أن في القصاص شبهة ثبوته للورثة ابتداء؛ لأنه مهم الذين ينتفعون بالقصاص دون الميت، فإنه لا يقضي منه ديونه، ولا تنفذ منه وصاياه، ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، والقصاص لا يثبت مع الشبهة ولا كذلك الخطأ والدين؛ لأنه مال إذا مات ينتفع به فيثبت له، ثم ينتقل إلى الوراث.

رجل قتل وله وليان أحدهما غائب، فأقام القاتل بينة على الحاضر أن الغائب قد عفا عنه: لا يقتل، وسقط القصاص؛ لأنه ادعى على الحاضر حقًا، وهو سقوط حقه عن القتل إلى نصف الدية، ولا يمكنه إثبات ذلك إلا بإثبات سببه على الغائب وهو العفو فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

وكذلك عبد بين رجلين قتل وأحدهما غائب.

وإذا شهد الشهود على رجل أنه ضرب فلانًا وجرحه فلم يزل صاحب فراش حتى

مات: ففيه القود؛ لأنهم شهدوا بقتل عمد.

ولو اختلف الشاهدان في البلدان، أو الأيام، أو اختلفا في الآلة: لم تقبل شهادتهما؛ لأن القتل لا يتكرر، وأنه يختلف باختلاف الآلة فكل شاهد شهد بقتل غير ما شهد به الآخر.

وكذلك إذا شهد أحدهما أنه قتله بعصا، وقال الآخر: لا أدري بأي شيءٍ قتله؛ لأن المطلق يحتمل وجوهًا وأحكامها تختلف.

ولو شهدوا وأجمعوا بالقتل المطلق، وقالوا: لا ندري بأي شيءٍ قتله: القياس أن لا يقتل؛ لما قلنا.

وفي الاستحسان: يقضى بالدية؛ لأن الشهود اتفقوا على القتل المطلق وأقل موجبه الدية، بخلاف الأول؛ لأن ثمة شهد أحدهما بقتل مقيد والآخر بالمطلق والمطلق خلاف المقيد.

رجلان أقر كل واحد أنه قتل أباه عمدًا، وقال الولي: قتلتماه جميعًا: فله أن يقتلهما؛ لأن كل واحد أقر بكل القتل، وأنه صدق كل واحد في بعض القتل وكذبه في البعض، والتكذيب في بعض ما أقر لا يبطل الإقرار في البعض الذي اقترن به التصديق.

ولو شهد اثنان أنه قتل أباه عمدًا، وشهد أخران أن فلانًا آخر قتله عمدًا، وقال الولي: قتلتماه جميعًا: لا يقضى بشيء؛ لأنه كذب كل فريق في بعض ما شهدوا به وذلك يبطل الشهادة.

رجل قتل عمدًا وله ثلاثة أولياء فشهد اثنان على الثالث أنه عفا وهو منكر: لم تقبل شهادتهما؛ لأنهما يدعيان انقلاب نصيبهما مالًا غير أن القاتل إن صدقهما فالدية بينهم أثلاثًا؛ لأنهما زعما أن القصاص قد بطل وانقلب نصيبهما مالًا، وقد أقر لهما القاتل في

ذلك وادعى بطلان حق الثالث بالعفو وهو منكر حتى لو صدقهما الثالث في العفو، فلا شيء له، وللشاهدين ثلثا الدية بإقرار القاتل.

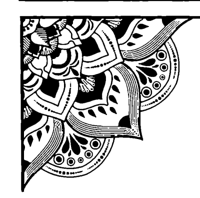
وإن كذبهما القاتل فلا شيء لهما وللثالث ثلث الدية إن أنكر العفو؛ لأنهما أقرا بسقوط القصاص فصح إقرارهما وادعيا ثلثي الدية على القاتل والقاتل منكر: فلم يثبت.

ويجب ثلث الدية للثالث؛ لأنه ما أقر ببطلان حقه حتى لو أقر بالعفو فلا شيء له.

وذكر الصدر الشهيد حسام الدين ـ رحمه الله، وأعطاه الدرجة الموعودة للشهداء، ورزقنا والمسلمين من شفاعته أمين يا رب العالمين ـ : إن الشاهدين والثالث إذا تصادقوا على العفو والقاتل ينكره غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه؛ لكنه يصرف إليهما فيما يستحقانه؛ لأن الثالث مقر بأنه حقهما، والله تعالى أعلم وأحكم.









باب في اعتبار حالة القتل

رجل رمى سهمًا إلى مسلم فارتد ـ نعوذ بفضل الله من عدله ـ، ثم أصابه السهم فقتله: تجب الدية عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يعتبر حالة الرمي في حق الضمان؛ لأنه إنما يصير ضامنا بفعله، وفعله الرمي، ووقت الرمي المحل كان معصومًا؛ ألا ترى أنه لو كان مرتدًا أو حربيًا وقت الرمي، ثم أسلم وقت الإصابة: لا يجب شيء بِالْإِجْمَاعِ؛ اعتبارًا لحالة الرمي.

وكذا إذا رمي إلى صيد وهو مسلم، ثم ارتد ـ نعوذ بفضل الله عز وجل من عدله ـ ثم أصاب السهم الصيد: يحل بِالْإِجْمَاعِ.

دل أن المعتبر حالة الرمي.

وقالا: لا تجب الدية في الوجهين جميعًا؛ لأنهما يعتبران وقت الرمي ووقت الإصابة في حق الضمان؛ لأن الفعل إنما يتم بالأثر، والأثر يكون بالإصابة، ووقت الإصابة غير معصوم.

أما في حق حل الصيد المعتبر: وقت الرمي بِالْإِجْمَاعِ.

وفي حق التملك: المعتبر وقت الإصابة بِالْإِجْمَاعِ.

وفي حق الضمان اختلفوا:

قال أبو حنيفة رحمه الله: يعتبر وقت الرمي فقط.

وقالا: يعتبر وقت الرمي، ووقت الإصابة حتى لو انعدمت العصمة عند أحد هذين الوقتين لا يجب الضمان.

رجل رمى سهمًا إلى عبد فأعتقه مولاه، ثم أصابه السهم فقتله: فعليه قيمته للمولى وقت الرمي عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

أما عند أبي حنيفة رحمه الله فظاهر؛ لأنه يعتبر وقت الرمي.

وأبو يوسف يعتبر كلتا الحالتين، وفي كلتا الحالتين المحل معصوم متقوم لكن اعتبار حالة الرمي يقتضي وجوب القيمة، واعتبار حالة العتق يوجب الدية، فالقيمة واجبة بيقين وقع الشك في الزيادة فلا تجب الزيادة بالشك.

وقال محمد رحمه الله: لا تجب القيمة؛ لأن العتق يقطع السراية؛ ألا ترى أن من قطع يد عبد إنسان خطأ، ثم أعتقه مولاه، ثم مات العبد: لا تجب القيمة، وإنما يجب أرش اليد مع نقصان حدث بالقطع إلى أن عتق، كذلك هنا يجب ضمان النقصان الذي حصل بالرمي إلى أن عتق يعني يقوم مرميًا إليه وغير مرمي فيضمن نقصان التفاوت.

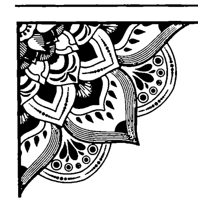
رجل قضي عليه بالرجم، فأمر الإمام برجمه، فرماه واحد، ثم رجع أحد الشهود، ثم وقع عليه الحجر فقتله: فلا شيء على الرامي بِالْإِجْمَاعِ.

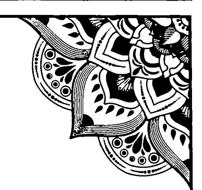
أما عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يعتبر حالة الرمي وحالة الرمي هو مباح الدم وهما يعتبران كلا الحالين على ما مر.

مجوسي رمى سهمًا إلى صيد، ثم أسلم، ثم أصاب السهم: لم يحل، ولو كان على العكس: يحل؛ لأن المعتبر في حق الحل حالة الرمي بِالْإِجْمَاعِ.

ولو رمى حلال إلى صيد، ثم أحرم، ثم أصاب الصيد: لا شيء عليه بِالْإِجْمَاعِ؛ لما مر.







باب الرجل يقطع يد إنسان ثم يقتله

رجل قطع يد إنسان خطأ، ثم قتله عمدًا، أو قطع يده عمدًا، ثم قتله خطأ، أو تخلل البرء أو لم يتخلل يؤخذ بالأمرين.

يعني يجب القصاص في العمد والأرش في الخطأ؛ لأن حكم الفعلين مختلف فلا يمكن أن يجعل متحدًا في الحكم.

وكذلك إن كانا عمدين، أو كانا خطائين، وتخلل البرء: يؤخذ بالأمرين؛ لأنه لما تخلل البرء، ولا يمكن أن يجعل كلا الفعلين واحدًا في الحكم لانقطاع أثر الأول بالبرء.

وأما إذا لم يتخلل البرء [illegible] خطائين تجب دية واحدة وهي دية النفس؛ لأنه أمكن تميم الأولى بالثانية ببقاء أثره فجعلا فعلًا واحدًا في الحكم.

وإن كانا عمدًا فعندهما: يقتل ولا يقطع؛ لأن الفعل متحد معنى وهو القتل، ولا معتبر بتعدد الصورة إذا كان الفاعل واحدًا.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: إن شاء قطع، ثم قتل.

اعتبارًا للتعدد من حيث الصورة.

وإن شاء قتل ولم يقطع.

اعتبارًا لاتحاده من حيث المعنى.

رجل ضرب رجلًا سبعين سوطًا فبرأ منها، ثم ضربه هو عشرة أخرى، أو غيره،

فمات من ذلك: تجب الدية على ضارب العشرة، ولا شيء بالتسعين سوى التعزير؛ لأنه لما برأ منه صار كأن لم يكن.

وكذلك كل جراحة اندملت في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف رحمه الله يجب فيه حكومة عدل.

وعن محمد رحمه الله: أنه يجب أجرة الطبيب وثمن الأدوية.

قالوا: هذا إذا لم يجرحه أو جرح ولم يبق له أثر، أما إذا بقي له أثر: يجب أرش الجرح.

رجل قطع يد رجل فعفا عن القطع، ثم سرى إلى النفس ومات، فعند أبي حنيفة رحمه الله: تجب الدية عمدًا كان أو خطأً إلا أن في العمد تجب الدية في ماله، وفي الخطأ تجب الدية على العاقلة؛ لأن العفو كان عن القطع لا عن القتل وبالسراية ظهر أنه كان قتلًا، وكان القياس أن يجب القود في العمد، ولكن العفو صار شبهه، فلم يجب القصاص، فوجبت الدية.

وعندهما: لا يجب شيء؛ لأن العفو عن القطع عفو عن موجبه، وبالسراية ظهر أن موجبه النفس، وصار كما لو عفا عن الجناية، أو عفا عن القطع وما يحدث منه: صح العفو عن الكل، كذا هنا.

غير أن في العمد صح العفو من جميع المال؛ لأن موجب العمد القصاص وأنه ليس بمال، فلم يتعلق به حق الورثة، وفي الخطأ يصح في ثلث المال، وهذا لا يشكل على قول من لم يجعل القاتل من العاقلة، وإنما يشكل على قول من يجعل القاتل من العاقلة.

قال بعضهم: لا يصح العفو في حصة القاتل؛ لأنه لا وصية للقاتل، والصحيح أنه

يصح؛ لأنه لو لم يصح ابتداءً يصح انتهاءً؛ لأن من جمع في الوصية بين من يصح، وبين من لا يصح: تنصرف كل الوصية لمن تصح له الوصية فتنصرف الوصية بكل الدية إلى العاقلة، فيصح العفو من الكل في الانتهاء، فصححناه في الابتداء قصرًا للمسافة.

وينبني على هذه المسألة مسألة أخرى، وهو: أن امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها المقطوعة يده على القطع وما يحدث منه، أو على الجناية فهذا تزوج على موجبه وهو الدية، وأنه يصلح مهرًا غير أنه إنما يصح بمقدار مهر مثلها؛ لأن الزوج في حكم المريض.

فإن كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر: سقط كل الدية عنها وعن عاقلتها ولا يجب لها على عاقلتها شيء؛ لأنهم يتحملون عنها بجنايتها فكيف يتحملون لها؟ فتسقط كل الدية من جميع مال الزوج؛ لأن مهر المثل يعتبر في جميع المال.

وإن كان الدية أكثر من مهر المثل فيقدر مهر المثل من الدية يسقط عن العاقلة؛ لما قلنا، ثم ينظر في الفضل على مهر المثل، إن كان يخرج من ثلث مال الزوج تسقط عن العاقلة أيضًا، وإن كان لا يخرج: سقط ثلث الفضل عن العاقلة ويؤدون ثلثي الفضل إلى ورثة الزوج.

وإن تزوجها على القطع: فعندهما رحمهما الله الجواب كذلك في الخطأ؛ لأن عندهما التزوج على القطع تزوج على ما يحدث منه، وفي العمد سقط القصاص عن القاتل؛ لأنه يتضمن عفوًا؛ ألا ترى أن تسمية القصاص في النكاح لم تصح فوجب لها مهر المثل.

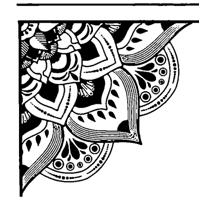
وعند أبي حنيفة رحمه الله: لما سرى إلى النفس بطلت التسمية، فوجب لها على الزوج مهر المثل، ووجب لورثة الزوج الدية على عاقلتها في الخطأ ولا يتصور المقاصة.

وفي العمد الدية واجبة عليها، ولها على الزوج مهر المثل فيتقاصان ويترادان الفضل.

رجل قطع يد إنسان عمدًا فاقتص من القاطع يده، ثم مات المقتص له من القطع: يقتل القاطع؛ لأن بالسراية تبين أن الواجب كان قصاصًا في النفس، وبالقطع استوفى بعض حقه فله أن يستوفي الباقي.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه ليس له أن يقتل؛ لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عن ضمان النفس لو سرى، والله أعلم.



باب القتيل يوجد في الدار

رجل اشترى دارًا، فلم يقبضها حتى وجد في الدار قتيل: فهو على عاقلة البائع عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يعتبر اليد فإن الحفظ إنما يكون باليد، والدية تجب بترك الحفظ.

وعندهما رحمهما الله: الدية على عاقلة المشتري؛ لأنهما يعتبران الملك، والملك للمشتري.

ولو قبض المشتري الدار وفيها خيار للبائع: فعنده كذلك.

وعندهما: إن تم البيع: فعلى عاقلة المشتري، وإن انتقـض البيع: فهو على عاقلة البائع، وإن كان الخيار للمشتري أو للبائع: فعندهما رحمهما الله كذلك، وعنده رحمه الله: على من كان اليد له.

قوم من أصحاب الخطة باعوا دورهم إلا واحدًا بقي له شقص فوجد فيها قتيل: فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: الدية على عاقلة الذي بقي له شقص من أهل الخطة، ولا شيء على المشتري.

وعند أبي يوسف رحمه الله: صاحب الخطة والمشترون فيه سواء؛ لأن تدبير صلاح المحلة يكون على الملاك.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن تدبير المحلة في العادة يكون إلى القدماء لا إلى الدخيل الجديد، فما بقي أحد من أصحاب الخطة فلا عبرة للمالك الدخيل الجديد إلا إذا باعوا

كلهم دورهم فحينئذٍ تكون الدية على المشتري؛ لأنه لم يبق شيء من الأصل فحينئذٍ يقوم الخلف مقامهم.

دار نصفها لرجل، وعشرها لرجل، والباقي لآخر: فالدية عليهم أثلاثًا؛ لأن تدبير أمر الدار يكون بينهم، فتكون العبرة لعدد الروس لا لقدر الملك.

قتيل مر في الفرات بين قريتين: فلا شيء على أحد؛ لأن الفرات ليست في يد أحد حتى يجب عليهم الحفظ.

ولو مرت دابة بين قريتين عليها قتيل: فالدية والقسامة على أقربهما؛ لأنها أقدر على الحفظ.

قوم التقوا بالسيوف فأجلوا عن قتيل - يعني ذهبوا وتركوا قتيلًا -: **فالدية والقسامة على أهل المحلة**؛ لأن حفظ المحلة عليهم، إلا إذا ادعى ورثة القتيل على أولئك القوم أو على رجل بعينه فحينئذٍ يتضمن ذلك براءة أهل المحلة عن الدية ولا يثبت على أولئك القوم إلا بحجة.

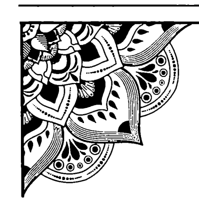
دار في يد رجل وجد فيها قتيل: فليس على عاقلة صاحب اليد شيء حتى يشهد الشهود أن الدار لصاحب اليد.

يريد به إذا أنكرت العاقلة أن الدار ملك ذي اليد؛ لأنه يحتمل أن يده يد أمانة، أو عارية، أو يد إجارة، ولا شيء على هؤلاء بِالْإِجْمَاعِ، وبه تبين أن عند أبي حنيفة إنما يعتبر اليد إذا كان اليد ثابتة بحكم الملك لا بحكم الأمانة.









باب الجراحات التي هي دون النفس

رجل نزع سن رجل، فانتزع المنزوعة سنه سن النازع قصاصًا، ثم نبت سن الأول: فعلى الأول للثاني أرش سنه وهو خمسمائة درهم؛ لأنه لما نبت سن الأول تبين أن المنبت لم يفسد، وأن القصاص لم يكن واجبًا له فيضمن أرش سن الثاني.

رجل قتل عمدًا فقطع وليه يد القاتل، ثم عفى عن النفس: يضمن المولى للقاتل أرش اليد في قول أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه؛ لأنه استوفى بعض حقه وعفى عن الباقي.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن حقه في الطرف ثبت ضرورة استيفاء النفس فإذا عفى عن النفس تبين أنه لم يكن له حق في الطرف: فيضمن أرش الطرف.

رجل شج رجلًا موضحة فذهبت عيناه: فعند أبي حنيفة رحمه الله تجب الدية في العينين، ولا قصاص في الموضحة، وفيها الأرش؛ لأن الفعل في الموضحة مباشرة، وفي العينين تسبيب، ولا يجب القصاص بالتسبيب، فوجبت الدية، وإذا وجبت الدية لا يجب القصاص في الموضحة؛ لأن الفعل واحد صورة، والفعل الواحد لا يكون موجبًا للقصاص والدية؛ لأن شبهة الاتحاد تكفي لسقوط القصاص.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين؛ لأن الفعل يتعدد بتعدد الأثر وقد وجد أثران في محلين فلم يكن متحدًا، وصار كما لو رمى سهمًا إلى إنسان فنفذ عنه وأصاب آخر: يجب القصاص للأول والدية للآخر، كذا هنا.

ولو قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الأصبع واليد كلها: فلا قصاص في شيء، ويجب الأرش في المفصل الأعلى وهو ثلث عشر الدية وحكومة عدل في الباقي.

ولم يذكر خلافًا.

وكذلك لو كسر نصف سن رجلٍ فاسود ما بقي: يجب حكومة عدل السن.؛ لأن المحل واحد؛ لأن اليد كلها لها أرش واحد، وكذلك السن؛ لأن المحل واحد بخلاف الرأس والعينين؛ لأن لكل واحد أرشًا على حدة فكانا محلين.

ومعنى الحكومة العدل: أنه ينظر لو كان عبدًا كم ينتقص من قيمته بسبب هذا العيب، فإن انتقص عشر قيمته، يجب في الحر عشر الدية هكذا.

رجل قطع ذكر مولود، إن تحرك وقد قطعه من الحشفة أو من الأصل: يجب القصاص؛ لأن اعتبار المساواة ممكن.

وإن كان خطأ: يجب كمال الدية؛ لأنه قطع آلة سليمة عرف سلامتها

وإن لم يتحرك: يجب حكومة عدل؛ لأنه لم يعرف السلامة فلا يضمن بالقود وكمال الدية، وصار كقطع آلة الخصي والعنين واليد الشلاء.

ولو قطع لسان الصبي، إن كان يتكلم: يجب كمال الدية، وإن لم يتكلم: تجب حكومة العدل ويستوي فيه العمد والخطأ؛ لأن اعتبارًا المساواة متعذر.

ولو ذهب بصر عين الصبي إن عرف سلامته يجب القود في العمد والدية في الخطأ وإن لم يعرف يجب حكومة عدل.

ولو كسر سن إنسان وسنه أكبر من سن الكاسر، أو يده أكبر من يد القاطع: يجب القصاص في العمد؛ لأنا لو اعتبرنا هذا التفاوت يؤدي إلى سد باب القصاص في السن



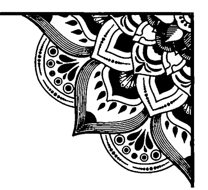
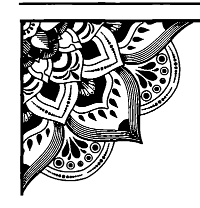
واليد، وأنه ثابت بكتاب الله سبحانه وتعالى: ﴿ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ ﴾ [المائدة: ٤٥].

رجل قطع كف إنسان، وعليه أصبع واحد: ففيه عشر الدية، وإن كان عليه أصبعان: ففيه الخمس، ولا شيء في الكف عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: ينظر إلى أرش الأصبع، وإلى حكومة عدل أيهما كان أكثر: يجب ذلك، ويدخل الأقل في الأكثر؛ لأن الكف مع الأصبع شيء واحد فلا يجب لكل واحد ضمان على حدة، ولا يجوز اعتبار أحدهما وإهدار الآخر فأوجبنا الأكثر.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الأصابع أصل في المقصود، فإن المقصود هو البطش، وأنه يحصل بالأصابع، والكف محل الأصابع فكان تبعًا، وما بقي شيء من الأصل لا يعتبر التبع، والله أعلم.



باب جناية العبد والمكاتب

رجل قال لعبده: إن قتلت فلانًا، أو رميته، أو شججته فأنت حر، ففعل العبد ذلك حتى عتق: يكون المولى مختارًا للفداء؛ لأنه صار معتقًا بعد العلم بالجناية.

رجل قطع يد عبد عمدًا، ثم أعتقه المولى، ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى: فلا يجب القصاص؛ لاشتباه الولي؛ لأن حال ابتداء القتل وليه مولاه، وحال تمام القتل وليه وارثه، فيعجز القاضي عن القضاء؛ لأنه لا يدري لأيهما يقضي.

وإن لم يكن له وارث غير المولى: اقتص من القاتل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأن من له القصاص معلوم.

وقال محمد رحمه الله: لا يجب القصاص؛ لأن السبب مشتبه، فإن حال ابتداء الفعل السبب ملك المولى، وحال تمام القتل السبب ولاؤه، فالقاضي لا يدري أي سبب يقضي وصار كاشتباه الولي وإذا لم يجب القصاص عنده في الوجه الثاني وعندهما في الوجه الأول: يجب أرش اليد للمولى وما نقصه القطع إلى أن عتق، وبطلت السراية بالعتق وصار هذا والقطع خطأ سواء.

وكذلك المكاتب إذا قتل عمدًا عن وفاء، فإن كان له وارث حر غير المولى: لا يجب القصاص بِالْإِجْمَاعِ؛ لأن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين اختلفوا أنه مات حرًا أو مات عبدًا، فإن مات حرًا فوليه وارثه، وإن مات عبدًا: فوليه مولاه، **وإن لم يكن له وارث غير المولى: فعلى الاختلاف.**

وإن قتل عمدًا من غير وفاء اقتص منه مولاه بِالْإِجْمَاعِ.

أمة مأذونة استدانت فولدت ولدًا: يباع ولدها بدينها؛ لأن الدين واجب في ذمتها فيكون صفة لها فيسري إلى ولدها، بخلاف ما إذا جنت جناية خطأ، ثم ولدت ولدًا تدفع هي دون ولدها؛ لأن وجوب الدفع على المولى فلم يكن صفة لها فلا يسري إلى ولدها.

عبد لرجل زعم رجل أنه مولاه أعتقه فقتل العبد وليًا لذلك الرجل خطأ: فلا شيء على العبد؛ لأن الرجل يدعي حكم جنايته على عاقلته وهم ينكرون ذلك.

رجل قال لعبديه: أحدكما حر فشجا، ثم وقع المولى العتق على أحدهما: يجب على الشاج أرش العبدين للمولى، ولو قتلهما خطأ: يجب قيمة عبد ودية حر.

والفرق أن بالشج لم يخرجا عن محلية البيان، والبيان أنشأ من وجه إظهار من وجه؛ لأن العتق عند البيان يثبت مستندًا، والاستناد لا يظهر في الجزء الفائت بخلاف القتل؛ لأنهما لم يبقيا محلًا للبيان بالقتل فيكون القتل بيانًا بمنزلة الموت فقد تيقنا أن أحدهما قتل حرًا؛ فلهذا يجب قيمة عبد ودية حر.

عبد عتق، فقال لرجل: قتلت أخاك خطأ وأنا عبد، وقال ذلك الرجل: لا؛ بل قتلته وأنت حر: فالقول قول العبد؛ لأنه أنكر وجوب الضمان على نفسه حيث أسند القتل إلى حالة معهودة تنافي وجوب الضمان عليه.

أمة أعتقت، فقالت لمولاها: قطعت يدي، أو أخذت مالي وأنا حرة، وقال المولى: لا؛ بل فعلت، وأنت أمتي فعند محمد رحمه الله القول قول المولى؛ لأنه أنكر سبب وجوب الضمان على نفسه حيث أسنده إلى حالة تنافي الضمان لا محالة فصار كالوطء والغلة، بأن قال: وطئتك وأنت أمتي أو أجرتك وأخذت غلتك وأنت أمتي، وقالت: كنت حرة: فالقول قول المولى بِالْإِجْمَاعِ، كذا هنا.

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: القول قولها؛ لأن الأخذ والقطع سبب الضمان، وما أسنده المولى إلى حالة تنافي الضمان لا محالة، فإن قطع يد أمته نفسه وأخذ مالها سبب الضمان في الجملة بأن كانت مديونة أو مرهونة فهو بالإسناد لم يكن منكرًا سبب الضمان، بخلاف الوطء والغلة؛ لأنه لا يضمن ذلك بحال فكان منكرًا سبب الضمان.

ولو كان شيء من ذلك قائمًا في يد المولى يرد عليها بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنه يدعي تملك ذلك عليها وهي تنكر.

عبد قطع يد رجل عمدًا فدفع بقضاء أو بغير قضاء، فأعتقه المجني عليه، ثم سرى إلى النفس ومات: لم يبطل الدفع والصلح؛ لأن المجني عليه لما أعتقه مع علمه أنه عسى يسري والعتق لا يقبل النقض كان مبرئًا له عن السراية.

ولو لم يعتقه حتى مات فوليه بالخيار: إن شاء رضي به وعفى، وإن شاء رده إلى مولاه، ثم بقتله قصاصًا؛ لأنه لم يوجد الإبراء عن السراية لا نصًا ولا دلالةً، فبطل الدفع من الأصل، فلم يصر شبهة.

مكاتب قتل عبده: فلا قود عليه؛ لأنه مملوكه من وجه.

عبد محجور أمر صبيًا حرًا أن يقتل رجلًا فقتله عمدًا أو خطأ: فعلى عاقلة الصبي الدية، ولا يرجعون على مولى العبد؛ لأن الأمر من العبد قول، والعبد المحجور لا يؤاخذ بالقول.

ولو كان المأمور عبدًا محجورًا يؤاخذ به في العمد بالقصاص، وفي الخطأ بدفع أو بفداء؛ لأنه يؤاخذ بأفعال ولا يرجع مولاه على الآمر في الحال؛ لكن يرجع بقيمة المأمور على الآمر بعد عتقه؛ لأن قول الآمر معتبر في حقه دون مولاه حتى لو كان الآمر

صبيًا لا يرجع مولى المأمور على عاقلة الصبي أبدًا؛ لأن قوله باطل.

وكذا لو كان الآمر صبيًا حرًا أو المأمور كذلك تجب الدية على عاقلة المأمور ولا يرجعون على عاقلة الصبي الآمر أبدًا؛ لما قلنا.

عبد مأذون له عليه دين فقتل رجلًا خطأ، ثم أعتقه مولاه، ولم يعلم بالجناية: فإنه يضمن قيمتين.

قيمة لرب الدين بإبطال حقه في البيع، وقيمته لولي الجناية بإبطال حقه في الدفع فإنه كان يدفع إلى ولي الجناية، ثم يباع بالدين وبالإعتاق أبطل حقهما.

عبد قتل رجلين عمدًا ولكل مقتول وليان، فعفى أحد ولي كل واحد منهما: فإن المولى يدفع إلى اللذين لم يعفوا نصف العبد أو يفده بعشرة آلاف درهم؛ لأن العبد كان يدفع إليهم أرباعًا، ولو فدى كان يفدي لهم بعشرين ألفًا لو كان خطأ موجبًا للمال، فإذا انقلب مالًا يعفوا الوليين بطل النصف وبقي النصف لغير العافيين وهو دفع النصف أو عشرة آلاف درهم.

عبد قتل رجلًا عمدًا وآخر خطأً ولـقتيل العمد وليان، فعفى أحدهما انقلب نصيب الآخر مالًا، فإن اختار المولى الدفع إليهم أثلاثًا بطريق العول عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن حق ولي العمد الذي لم يعف في النصف وحق ولي الخطأ في الكل.

وعندهما: أرباعًا بطريق المنازعة؛ لأن النصف لولي الخطأ بلا منازعة، والنصف الآخر استوت منازعتهما فيه، فيكون بينهما نصفين.

وإن اختار الفداء يفدي لولي العمد الذي لم يعف بخمسة آلاف درهم ولولي الخطأ بعشرة آلاف؛ لما قلنا.

رجل فقأ عيني عبد، فعند أبي حنيفة رحمه الله إن شاء المولى دفع الجثة العمياء

إلى القاضي وضمنه قيمة العبد، وإن شاء أمسك الجثة ولا شيء له.

وقالا: إن شاء أمسك الجثة ورجع بالنقصان؛ لأن العبد مال فيعتبر بسائر الأموال، وفي سائر الأموال إذا عيبه إنسان كان للمالك أن يمسكه ويضمنه النقصان، كذا هنا.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن العبد مال وآدمي ولعينيه أرش مقدر وهو كمال القيمة، كما أن لعين الحر كمال الدية، فإذا أمسك الجثة فلا يمكنه أن يرجع بكمال القيمة؛ لأنه يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملكه، ولا وجه أن يرجع بما دون القيمة؛ لأن للعينين أرشًا مقدرًا وهو كمال القيمة فامتنع الرجوع بالنقصان، بخلاف سائر الأموال؛ لأنه ليس له أرش مقدر، فأمكن الرجوع بالنقصان.

عبد بين رجلين فقتل أباهما عبدًا فعفى أحد الوليين: بطل حق الآخر في النفس والمال جميعًا، والعفو من أحدهما كعفوهما في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يدفع العافي إلى الذي لم يعف نصف نصيبه وهو ربع العبد أو يفديه بربع الدية؛ لأنه لما عفى انقلب نصيب الآخر مالًا وهو الدفع أو الفداء غير أن نصفه وهو الربع وقع في نصيب غير العافي فيسقط؛ لأنه لا يجب عليه أن يدفع نصيبه من نفسه ولا أن يفدي نصيب نفسه لنفسه ونصفه وهو الربع وقع في نصيب العافي فثبت فيدفع نصف نصيبه وهو الربع أو يفديه بربع الدية.

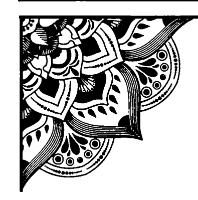
ولأبي حنيفة رحمه الله: أن نصيب غير العافي لما انقلب مالًا يحتمل أنه وقع كله في نصيبه، فلا يثبت شيء، ويحتمل وقوعه في نصيب العافي قبلت ويحتمل الشيوع وقع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك.

رجل قتل عبدًا أو أمة خطأً قيمته عشرون ألفًا، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: يجب في العبد عشرة آلاف درهم إلا عشرة، وفي الآمة خمسة آلاف إلا عشرة، وفي رواية: إلا خمسة.

وعند أبي يوسف، والشافعي: تجب بقيمته بالغة ما بلغت؛ لأنه ضمان إتلاف المال فيجب بالغًا ما بلغ قياسًا على الغصب، وعلى ما إذا كانت القيمة أقل من الدية.

ولهما: أن العبد آدمي ومال وضمان الآدمي مقدر وضمان المال غير مقدر ولا يمكن الجمع بينهما، والآدمي أشرف حالًا من المال، فإيجاب ضمان الآدمي أولى من إيجاب ضمان المال؛ إظهارا لشرفه، وضمان الآدمي لا يزاد على عشرة آلاف أو خمسة آلاف لكن نقصنا عنه عشرة؛ لإنحطاط رتبة العبد عن الحر؛ لأن العشرة أقل مال له خطر في الشرع، والله تعالى أعلم بالصواب.






باب في جناية العبد والمدبر

رجل قطع يد عبده، ثم غصبه إنسان، فمات في يد الغاصب من القطع: فعليه قيمته أقطع؛ لأن بالغصب تنقطع السراية؛ لكونه سببًا للملك بالضمان، فصار كالبيع، فصاركما لو مات في يد الغاصب لا من القطع.

ولو غصبه وهو صحيح فقطع المولى يده، ثم مات في يد الغاصب من القطع: فلا شيء على الغاصب؛ لأن المولى بالقطع صار مستردًا؛ لأنه قبض؛ ألا ترى أن المشتري لو قطع يد العبد المبيع قبل القبض يصير قابضًا فصار كأنه مات في يد المولى.

عبد محجور عليه، غصب عبدًا محجورًا عليه، فهلك: فهو ضامن قيمته؛ لأن العبد يؤاخذ بأفعاله.

رجل غصب مدبرًا، فجنى في يد الغاصب جناية خطأ، ثم جنى في يد المولى جناية أخرى: ضمن المولى قيمته لأولياء الجناية؛ لأنه بالتدبير السابق صار مانعًا الدفع على وجه لم يصر مختارًا للفداء فيضمن القيمة لهم يعطي نصف القيمة لولي الجناية الأولى، ونصفها لولي الجناية الثانية، بقي حق ولي الجناية الأولى في نصف القيمة؛ لأن حقه في كل القيمة؛ لأن العبد حين جنى كان فارغًا عن الجناية فاستحق ولي الجناية الأولى كل القيمة، وقد وصل إليه النصف فبقي حقه في النصف، وحق ولي الجناية الثانية في نصف القيمة لا غير؛ لأنه حين جنى ثانيًا كان مشغولًا بالجناية الأولى فيرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة ويدفعها إلى ولي الجناية الأولى إكمالًا لحقه، ثم يرجع به على الغاصب؛ لأنه استحق عليه ذلك بسبب كان في ضمان الغاصب فلم يسلم

له فصار كأنه لم يأخذه من الغاصب.

وإذا رجع بنصف القيمة ثانيًا: سلم له ذلك؛ لأنه وصـل إلى أولياء الجناية تمام حقهم وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: حين يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة أول مرة سلم له ولا يدفعها إلى ولي الجناية الأول ما رجع به على الغاصب عوض ما دفع إلى ولي الجناية الأولى؛ لأنه إنما ضمن نصف القيمة لولي الجناية الأولى بجناية كان في ضمان الغاصب.

فلو دفع إليه ما رجع به على الغاصب يجتمع العوض والمعوض في ملك ولي الجناية الأولى وهذا لا يجوز.

والجواب لهما ما ذكرنا أن حق الأول في كل القيمة وما وصل إلى المولى من الغاصب بدل العبد فيجب إكمال حقه.

وإن جنى في يد المولى أولًا، ثم جنى في يد الغاصب: ضمن المولى قيمته لولي الجنايتين؛ لما ذكرنا.

ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة يدفعها إلى ولي الجناية الأولى، ثم لا يرجع به على الغاصب بِالْإِجْمَاعِ.

والفرق لمحمد: أن يرجع به على الغاصب ليس عوض ما ضمن لولي الجناية الأولى، فلو دفع إلى ولي الجناية الأولى لا يؤدي إلى تكرار الاستيفاء، بخلاف المسألة الأولى.

والفرق لهما: أن ما يرجع به على الغاصب عوض ما دفع إلى ولي الجناية الثانية فإذا رجع على الغاصب بجميع ما ضمن بسبب كان في ضمان الغاصب، وقد استحق

عليه هذا النصف ثانيًا بسبب كان في ضمانه؛ لم يصر كأنه لم يأخذها من الغاصب، فلا يرجع على الغاصب بشيء مرة أخرى، هذا هو الفرق لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في عدم الرجوع على الغاصب ثانيًا هنا، وفي الرجوع ثانيًا في المسألة الأولى.

ثم وضع المسألة في العبد فقال: **لو جنى في يد الغاصب أولًا، ثم في يد المولى: يدفع إلى ولي الجنايتين، ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب ويدفعها إلى ولي الجناية الأولى، ثم يرجع به على الغاصب ويسلم له في قولهما، وفي قول محمد: يسلم له نصف القيمة التي رجع به الغاصب أولًا.**

ولو جنى في يد المولى أولًا، ثم في يد الغاصب: يدفعه المولى إلى ولي الجنايتين، ثم يرجع بنصف القيمة على الغاصب: يدفعها إلى ولي الجناية الأولى بِالْإِجْمَاعِ.

والفرق لمحمد رحمه الله: أن ما رجع به على الغاصب ليس عوض ما ضمن لولي الجناية الأولى، فلو دفع إلى ولي الجناية الأولى لا يؤدي إلى تكرار الاستحقاق، بخلاف المسألة الأولى، ثم لا يرجع به على الغاصب بِالْإِجْمَاعِ على ما ذكرنا.

رجل غصب مدبرًا فجنى عنده جناية خطأً فرده على مولاه، ثم غصبه ثانيًا، وجنى عنده جناية أخرى: ضمن المولى قيمته لولي الجنايتين؛ لما مر.

ثم يرجع بجميع ما ضمن على الغاصب؛ لأنه إنما ضمن بسبب كان في ضمان الغاصب.

ثم يدفع نصف القيمة إلى ولي الجناية الأولى.

إتمامًا لحقه.

ثم يرجع بهذا النصف على الغاصب ثانيًا؛ لأنه استحق عليه بسبب كان في ضمان الغاصب، فسلم للمولى جميع قيمة العبد نصف قيمته الأولى والنصف الذي رجع به

ثانيًا، وقد وصل إلى أولياء الجناية تمام حقهم.

رجل غصب صبيًا حرًا فمات في يده من الحمى أو فجأة: فلا ضمان عليه؛ لأن غصب الحر لا يتحقق وأنه ما سبب لتلفه أيضًا.

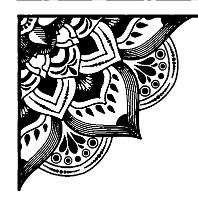
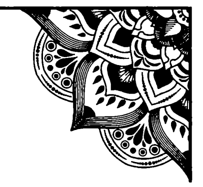
ولو نهشته حية، أو سبع، أو مات من صاعقة: تجب الدية على عاقلته؛ لأنه سبب لتلفه حيث تركه في موضع الحيات أو السبع ولم ينقله عن مكان الصاعقة، فإن هذه العوارض لا تكون في كل مكان، بخلاف الحمى والفجأة، فإنه يكون في كل مكان.

صبي أودع طعامًا فأكله: لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن المالك رضي بإتلافه حيث وضع الطعام في يد من يوجد منه الإتلاف غالبًا نظرًا إلى الداعي وعدم المانع.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: يضمن؛ لأنه مؤاخذ بأفعاله.

ولو أودع عبدًا عند صبي فقتله الصبي: تجب قيمته على عاقلته بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنه لا يوجد منه القتل غالبًا؛ لأن الصبي يهاب القتل ولا داعي له إليه فلم يكن المولى راضيًا بقتل الصبي المودع عنده، والله أعلم بالصواب.



باب الرجل يشهر سلاحه

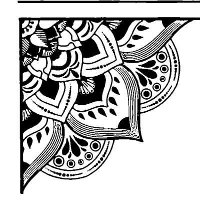
رجل شهر على المسلمين سيفًا: فعليهم أن يقتلوه، ولا شيء عليهم؛ لأنه ساعي بالفساد فسقطت عصمته.

رجل دخل ليلًا فأخرج السرقة، فأتبعه صاحب المال فقتله: فلا شيء عليه؛ لقوله عليه السلام: «قاتل دون مالك».

مجنون شهر سيفًا على مسلم فقتله المشهور عليه: فعليه الدية في ماله؛ لأن فعل المجنون ليس بجناية ليسقط عصمته.

رجل شهر على رجل سيفًا في المصر فضربه ولم يقتله وترك الضرب فقتله المشهور عليه: فعليه القصاص؛ لأنه لما ترك الضرب عادت عصمته، والله تعالى أعلم بالصواب.



باب جناية الحائط والجناح

رجل أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفًا، أو ميزابًا، أو جرصنًا وهو برج الحائط، أو حفر بالوعة في الطريق بغير إذن الإمام فعطب به إنسان: ضمن ولواحد من الناس أن يرفع ذلك؛ لأن الطريق حق العامة وكل واحد من آحاد الناس من العامة منعه من ذلك.

وله أن يخرج ذلك ما لم يضر بالعامة؛ لأن له حق المرور، فإذا لم يضر بأحد كان بمنزلة المرور، وإذا أضر بأحد فليس له ذلك.

وإن فعل ذلك بإذن الإمام، أو أجبره الإمام على ذلك: فلا يضمن؛ لأن الأمر صار مباحًا مطلقًا.

وإن كان طريق سكة غير نافذة: فليس لأحد من أهل السكة أن يشرع كنيفًا، أو ميزابا إلا بإذن الإمام أهل السكة ممن لهم حق المرور في ذلك الطريق؛ لأنه ملك خاص لقوم معينين، فلا يجوز التصرف فيه من غير رضاهم.

حائط مائل بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فسقط على إنسان فقتله: ضمن الذي أشهد عليه خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته.

وكذلك دار بين ثلاثة نفر حفر أحدهم بغير إذن صاحبه فعطب به إنسان: ضمن ثلثي الدية، وتكون على عاقلته، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: ضمن نصف الدية في المسألتين؛ لأن ما تلف بنصيبه معتبر، وما تلف بنصيب الباقين هدر، والهدر جنس واحد والمعتبر جنس واحد فصار كأنه تلف بشيئين أحدهما هدر، والآخر معتبر،

وصار كما إذا جرحه إنسان ونهشته حية وعقره كلب ولدغته عقرب ومات: يضمن الخارج نصف الدية كذا هنا.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه إنما يجعل الهدر شيئًا واحدًا والمعتبر شيئًا واحدًا إذا كان كل واحد يصلح علة الهلاك كما في مسألة الحية، أما هـنا علة الهلاك شيء واحد وهو ثقل الحائط وعمق البئر فلا يمكن أن يجعل البعض هدرًا والبعض معتبرًا، فاعتبر كله في حق الحافر وفي حق من أشهد عليه، وهدر كله في حق من لم يشهد عليه وفي حق غير الحافر، وإذا اعتبر كله في حق من أشهد عليه وفي حق الحافر انقسم التلف أخماسًا في الحائط فيضمن خمس الدية وفي الحفر انقسم أثلاثًا فضمن الحافر ثلثي الدية؛ لكونه مسببًا متعديًا في الثلثين.

رجل حمل شيئًا في الطريق فسقط فعطب به إنسان: ضمن الحامل؛ لأنه قاصد للحفظ فلو تقيد بشرط السلامة لا يقع في الحرج.

وإن كان رداء، فلبسه، فسقط، فعطب به إنسان: لم يضمن؛ لأنه لا يقصد حفظه عن السقوط عادة، فلو تقيد بشرط السلامة يحرج.

رجل جعل قنطرة على نهر بغير إذن الإمام، أو وضع خشبة في الطريق، فعطب به إنسان، فإن تعمد المار المرور عليه: لم يضمن صاحب القنطرة والخشبة؛ لأن التلف يضاف إلى مروره.

وإن كان لم يتعمد بأن كان ليلًا أو كان ضريرًا: ضمن؛ لأن مسبب متعدي.

مسجد لعشيرة علق واحد منهم قنديلًا، أو بسط فيه بواري، أو خصًا، فعطب به إنسان: لم يضمن؛ لأن تدبير صلاح المسجد في هذه الأشياء إلى أهله فكان مباحًا مطلقًا.

وإن فعل ذلك رجل من غير العشيرة: ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه مباح مقيد بشرط السلامة.

وإن جلس رجل من العشيرة في المسجد للحديث فعطب به إنسان: ضمن، وإن جلس لإنتظار الصلاة فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يضمن.

وإن كان في الصلاة: لم يضمن بِالْإِجْمَاعِ.

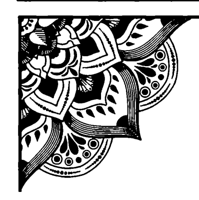
لهما: أن الجلوس لأجل الصلاة له حكم الصلاة، قال عليه السلام: «المنتظر للصلاة في الصلاة».

ولأبي حنيفة رحمه الله: إن الجلوس لأجل الصلاة دون الجلوس في الصلاة، ثم الجلوس للصلاة لما كان مباحًا مطلقًا فالجلوس لأجل الصلاة يجب أن يكون مباحًا مقيدًا بشرط السلامة؛ ليظهر انحطاط رتبته، أما الجلوس للحديث غير مباح أصلًا، والله تعالى أعلم.









باب جناية البهيمة

رجل ساق دابته في الطريق، فوقع السرج على إنسان، فعطب به إنسان: يضمن؛ لأنه قاصد حفظه، فإن تقيد بشرط السلامة لم يحرج.

ولو وقفت الدابة لروث أو بول، فعطب به[1] إنسان: لم يضمن؛ لأن منع الدابة من الروث والبول في الطريق ليس في وسعه، فلا يضاف التلف إليه.

ولو أوقف الدابة لأمر آخر فراثت أو بالت فعطب به إنسان: ضمن؛ لأن الإيقاف مباح بشرط السلامة.

رجل سار على دابته فأصابت بيدها، أو رجلها حصاة، أو نواة، أو أثارت غبارًا، أو حجرًا صغيرًا ففقأ عين إنسان: لم يضمن، ولو كان حجرًا كبيرًا: يضمن؛ لأن صون الدابة عن السير على الحجر الصغير غير ممكن، وفي الحجر الكبير ممكن.

ولو أصابت بيدها، أو رجلها، أو رأسها، أو كدمت، أو خبطت شيئًا فعطب: يضمن؛ لأنه يمكن صون الدابة عنهذه المعاني.

وإن نفحت برجلها أو ذنبها: لم يضمن؛ لأنه لا يمكن صون الدابة عن ذلك.

وإن أوقفها: ضمن بالنفحة أيضًا؛ لأن الإيقاف مباح مقيد بشرط السلامة.

وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد إلا أن على الراكب الكفارة؛ لأنه مباشر، وليس على السائق والقائد كفارة؛ لأنه مسبب.

---

(١) بروثها أو بولها.



رجل أرسل كلبًا إلى صيد إنسان أو أشلاه على رجل فأهلك الصيد ومزق ثوب الرجل، فإن كان خلفه سائقًا ضمن، وإن لم يسق خلفه: لا يضمن؛ لأن الكلب يتبع الصيد بطبعه فلا بد من السوق ليصير التلف مضافًا إليه.

وذكر الفقيه الزاهد أبو الليث رحمه الله: أنه يضمن بمجرد الإرسال والإشلاء وإن لم يسقه خلفه؛ لأنه ما دام على فور الإرسال كأنه خلفه، وهكذا ذكر في الزيادات.

والصيد يحل بمجرد الإرسال بِالْإِجْمَاعِ.

ولو أرسل بازيًا إلى صيد مملوك لإنسان فأهلكه: لم يضمن ساق أو لم يسق؛ لأن البازي لا يحتمل السوق، وأنه يأخذ الصيد بطبعه، فلا يضاف إلى المرسل، بخلاف الكلب؛ لأنه يحتمل السوق.

وقائد القطار ضامن لما أصابه البعير، وكذلك لو ربط إنسان بعيره في القطار والقائد يقوده ولا يشعر بالربط، فوطئ المربوط إنسانًا فقتله: ضمن القائد ديته وتكون على عاقلته؛ لأن حفظ القطار واجب عليه.

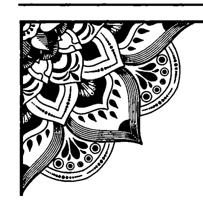
لكن عاقلة القائد يرجعون على عاقلة الرابط؛ لأنه أوقعهم في هذه الورطة.

شاة لقصاب فقئت عينها: ضمن الفاقئ النقصان؛ لأنه أتلف جزءً منها.

ولو كانت بقرة أو جزور لجزار: يضمن ربع القيمة، وكذا في عين الحمار والبغل والفرس؛ لأنه ينتفع بهذه الدواب بأربعة أعين، عيني الدابة، وعيني صاحبها، فصار شبيهًا بالآدمي من وجه، فصار كما لو كان لها أربعة أعين، فكان في العين الواحدة ربع القيمة، والله تعالى أعلم.









باب فيه مسائل لم تدخل في الأبواب

وإذا أعتق على الكفارة رضيعًا أحد أبويه مسلم: يجزئه؛ لأن الظاهر سلامة الأعضاء ويعرف ذلك في الثاني.

بخلاف ما إذا أتلف عضوًا منه حيث لا يضمن كمال الأرش؛ لأن العضو المتلف ليس بباقٍ لتعرف سلامته في الثاني، ولا يجزئه ما في البطن؛ لأنه بمنزلة عضو معنى.

رجل صالح من دم عمد على مال ولم يذكر حالًا ولا مؤجلًا: فهو حال في مال القاتل؛ لأنه وجب بالصلح بخلاف الدية؛ لأنها تجب بالقتل.

حر وعبد قتلا رجلًا عمدًا فصالح الحر والعبد الولي بأمر المولى على ألف درهم: جاز، ويكون على كل واحد خمسمائة؛ لأنهما استويا في القصاص عليهما فكذلك في البدل يستويان.

رجل ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتًا، ضمن الأب الغرة، والغرة: خمسمائة درهم، أو عبد أو فرس قيمته خمسمائة.

هكذا قضى رسول الله ﷺ في الجنين.

ولا يرث الأب ابنه؛ لأنه قاتل.

ولا كفارة عليه؛ لأنه بمنزلة عضو من وجه.

رجل ضرب بطن أمة فأعتق المولى الجنين فألقت ولدًا حيا، ثم مات الولد: يجب على الضارب قيمته حيا للمولى؛ لأن الهلاك يضاف إلى ضربه وحين ضرب كان رقيقًا.

مباح الدم التجيء إلى الحرم صار آمنًا عندنا.

خلافًا للشافعي.

لنا: قوله تعالى: ﴿ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا ﴾ [آل عمران: ٩٧].

رجل زنى ببكر وأفضاها، فإن كانت مطاوعة ولم يدع أحدهما الشبهة: وجب الحد عليهما، ولا يجب العقر؛ لأن العقر مع الحد لا يجتمعان.

ولا يجب أرش الإفضاء؛ لأن الإتلاف حصل برضاها.

وإن كانت مستكرهة: يجب الحد عليه لا عليها، ولا يجب العقر؛ لما ذكرنا

ويجب أرش الإفضاء وذلك ثلث الدية إن كانت تستمسك البول؛ لأنها بمنزلة الجائفة وأرش الجائفة ثلث الدية.

وإن كانت لا تستمسك البول تجب كل الدية؛ لأنه تفويت جنس المنفعة،هـذا إذا لم يكن فيه دعوى الشبهة، فإن كان فيه دعوى الشبهة لا يجب الحد بكل حال.

وأما الأرش إن كانت مطاوعة لا يجب أرش الإفضاء

لما ذكرنا، ويجب العقر بِالْإِجْمَاعِ وإن كانت مستكرهة.

فإن كانت لا تستمسك البول يجب كمال الدية، ولا يجب العقر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأن العقر ضمان الجزء حكمًا؛ لأن منفعة البضع لها حكم الجزء، والدية ضمان الكل، وضمان الجزء يدخل في ضمان الكل حتى لا يتكرر الضمان بمقابلة الجزء.

وقال محمد رحمه الله: يجب العقر وكمال الدية؛ لأنهما مالان وجبا بشيئين مختلفين فلا يتمانعان؛ لأن العقر يجب بإتلاف المنفعة والدية تجب بتفويت جنس

منفعة الاستمساك فلا يدخل أحدهما في الآخر.

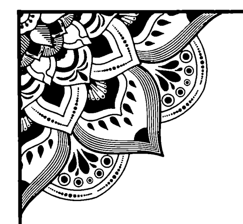
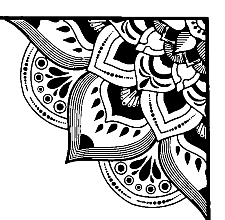
وإن كانت تستمسك البول يجب العقر وثلث الدية بِالْإِجْمَاعِ.

وفي رواية الحسن: يجب الأكثر ويدخل الأقل في الأكثر.

وإن كان الإفضاء بغير الذكر كالأصبع والخشبة، فالجواب فيه كالجواب في الإفضاء بالذكر والوفاق والخلاف، إلا ان ههنا تجب الدية في ماله؛ لأنه عمد وفي الأول على العاقلة؛ لأنه خطأ، هكذا ذكر في الكتاب.

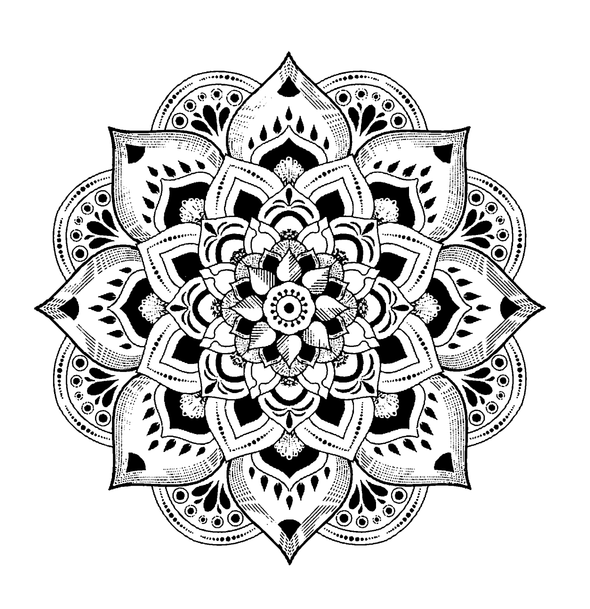
من مشايخنا من قال: لا يجب العقر بغير الذكر؛ لأن العقر يختص بآلة قضاء الشهوة، ويحتمل أن ما ذكر في الكتاب يكون صحيحًا ويجب العقر أيضًا تعظيمًا لأمر البضع، والله تعالى أعلم بالصواب.



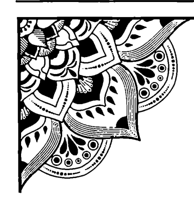



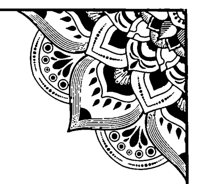
كتاب الوصايا









كتاب الوصايا

رجل أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين: يقسم الثلث على خمسة أسهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ ثلاثة أسهم لأمهات الأولاد، وللفقراء سهمٌ، وللمساكين سهمٌ؛ لأن الجمع إذا دخله الألف واللام يصير جنسًا، واسم الجنس يتناول الأدنى خصوصًا إذا تعذر صرفه إلى كل الجنس، وهنا لا يمكن صرف الوصية إلى جميع الفقراء والمساكين فيصرف إلى الأدنى وهو فقير واحد ومسكين واحد.

وقال محمد رحمه الله: يقسم الثلث على سبعة أسهم؛ ثلاثة لأمهات الأولاد، وسهمان للفقراء، وسهمان للمساكين؛ لأن الاثنين جمع في الوصية والميراث.

وكذلك إذا أوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين: يقسم بين فلان والمساكين نصفين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وعند محمد رحمه الله: أثلاثًا؛ سهم لفلان، وسهمان للمساكين.

ولو أوصى لرجل بمائة، ولآخر بمائة، ثم قال لثالث: أشركتك معهما: يأخذ من كل واحد ثلث المائة حتى يصير لكل واحد منهم ثلثا المائة؛ لأن مطلق الشركة يقتضي التسوية في كل وجه ما أمكن.

بخلاف ما إذا أوصى لرجل بمائتين، ولآخر بأربعمائة، ثم قال لثالث: أشركتك معهما حيث يأخذ من كل واحد نصف وصيته؛ لأن أصل الوصية متفاوت، فلا يمكن

اعتبار التسوية معهما جملة، فتجب التسوية مع كل واحد منهما كما إذا أوصى لكل واحد بجارية بعينها، ثم قال لثالث: أشركتك معهما: كان له نصف كل جارية، كذلك ههنا.

ولو قال: سدس مالي لفلان ثم قال: له ثلث مالي وأجازت الورثة: لم يكن له إلا ثلث المال؛ لأن الثلث يتضمن السدس للأول.

وكذلك لو قال في المرة الثانية: له سدس مالي: فليس له إلا السدس؛ لأن السدس صارت معرفة بالإضافة، والمعرفة إذا أعيدت معرفة كان الثاني عين الأول، قال الله تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۞ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٥- ٦] فالعسر الثاني غير الأول؛ لأنه أعيد معرفة، واليسر الثاني غير اليسر الأول؛ لأن النكرة إذا أعيدت نكرة أو معرفة كان الثاني غير الأول فكان لعسر واحد يسران.

ولو أوصى بجزء من ماله يعطيه الورثة ما شاؤا؛ لأن الجزء اسم للمجهول.

ولو أوصى بسهم من ماله، فعند أبي حنيفة رحمه الله: السهم يتناول نصيب أحد الورثة، ويتناول السدس أيضًا لغة فيعطى له الأقل.

ينظر إن كان في ورثة الموصي من يكون نصيبه أقل من السدس، وهو الثمن بأن كان في الورثة زوجة وبنت: يعطى للموصى له الثمن؛ لأن أقل من السدس.

وإن لم يكن كذلك لكن يزيد نصيب الكل على السدس يعطى للموصى له السدس؛ لأنه الأقل بيقين، وفي الزيادة شك.

وعندهما: يعطى له أقل أنصباء الورثة إذا لم يزد على الثلث فإن زاد نصيب الكل على الثلث يعطى له الثلث لا غير.

وهذا في عرفهم وفي عرف الجزء والسهم واحد.

مريض قال لورثته: لفلان علي ألف دين فصدقوه، فإنه يصدق إلى الثلث؛ لأن غرض المريض من هذا يفديه على الورثة فيكون وصية؛ لأن إقراره بأصل الدين صحيح والأمر بالتصديق باطل؛ لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة.

فإن كان أوصى مع ذلك لرجل آخر يعطى للموصى له الثلث، وللورثة الثلثين، ثم يقال لهم: نعلم أن في التركة دينًا شائعًا ثلثه فيما في يد الموصى له وثلثاه فيما في يد الورثة فصدقوه فيما شئتم، فإن قال الموصى له: الدين مائة يعطى ثلث المائة مما في يديه للمقر له بالدين، فإن فضل شيء يكون له، وإلا فلا.

وإن قالت الورثة: الدين ثلثمائة، فإنهم يعطون للمقر له ثلثي ذلك، وهو مائتان مما في أيديهم، فإن فضل شيء يكون لهم، وإلا فلا.

رجل أوصى بثلث ماله لـوارثه ولأجنبي: فللأجنبي نصف الثلث، ولا شيء للوارث؛ لأنه أوصى لكل واحد بنصف الثلث لكن لـم تصح الوصية للوارث وصح للأجنبي.

ولو أقر لوارثه ولأجنبي في مرضه بدين أو بمال: لم يصح الإقرار للأجنبي كما لا يصح للوارث؛ لأنه أقر بالشركة بين الأجنبي والوارث فيما أقر به لهما وقد تعذر تصحيحه على وجه الشركة، بخلاف الوصية؛ لأنه إيجاب ابتداء لكل واحد بنصف الثلث فبطلان أحدهما لا يوجب بطلان الآخر.

رجل له ثلاثة أثواب: جيد، ووسط، ورديء، فأوصى بكل ثوب بعينه لرجل، فضاع ثوب ولا يدري أنه كان جيدًا أو وسطًا أو رديئًا، والورثة يقولون: قد بطل حق واحد منكم ولا يدري من بقي حقه ومن بطل حقه: بطلت الوصية في الكل؛ لأن صاحب الثوبين الباقيين ليس بمعلوم فيعجز القاضي عن القضاء به إلا إذا قالت الورثة: خذوا الثوبين الباقيين واقتسموها بينكم الآن يقسم بينهم يعطى لصاحب الجيد ثلثا الأجود؛

لأنه لا حق له في الرديء بيقين، فلصاحب الرديء ثلثا الرديء؛ لأنه لا حق له في الأجود بيقين ولصاحب الوسط ثلث الأجود وثلث الرديء؛ لأن حقه دائر فيهما.

دار بين رجلين أوصى أحدهما لرجل ببيت بعينه، ثم مات الموصي وقسم الدار بين ورثة الميت وبين الشريك الحي، فإن وقع البيت في نصيب الموصي يعطى ذلك للموصى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأن القسمة إفراز من وجه معاوضة من وجه، فرجحنا جانب الإفراز تصحيحًا لغرض الموصي وتصرفه.

وقال محمد رحمه الله: يعطى له نصف البيت؛ لأن البيت وقت الوصية كان مشتركًا بينه وبين شريكه فصحت الوصية في نصيبه من البيت، وبطل في نصيب شريكه كمن أوصى بدار غيره، ثم ملكه: لا تصح الوصية، كذا ههنا.

وإن وقع البيت في نصيب الشريك الحي: فعندهما: يعطى للموصى له مثل ذرع جميع البيت، وعند محمد: مثل ذرع نصف البيت.

بناء على ما تقدم.

رجل أوصى من مال غيره بألف درهم لرجل، فمات الموصي، فأجاز صاحب المال وصيته، فإن دفع صاحب المال الألف الموصى له: جاز.

ويكون هذا منه تبرعًا ابتداءً بماله، فله ذلك وإن كان يمنع ولا يدفع فله ذلك أيضًا.

رجل مات وترك ألف درهم وترك ابنين فاقتسماها نصفين، ثم أقر أحدهما: أن الميت أوصى لهذا بثلث ماله: فإنه يعطي للموصى له ثلث ما في يديه؛ لأنه أقر له بثلث المال شائعًا نصف الثلث في يده، ونصف الثلث في يد أخيه فصح إقراره في حقه، ولم يصح في حق أخيه.

ولـو أقر بدين له على الميت يعطي جميع ما في يده إن كان الدين يستغرق ما في يده؛ لأنه أقر أنه مقدم على الورثة، بخلاف الموصى له؛ لأنه شريك الورثة وليس بمقدم على الورثة.

ولو أوصى لرجل بثلث ثلاثة دراهم، أو بثلث ثلاثة أقفزة حنطة بعينها فهلك ردهمًا وقفيزان وبقي واحد: فهو للموصى له؛ لأنها أمثال متسـاوية فصارت الوصية بثلثه والـوصية بدرهم أو بقفيز من ثلاثة سواء.

وكذلك لو أوصى بثلث ثلاثة أثواب والأثواب من صنف واحد، أو بثلث ثلاثة أغنام فهلك اثنان: فله الثوب الباقي، والغنم الباقي؛ لأن الثياب من صنف واحد والأغنام ملحق بالأمثال المتساوية في الميراث والوصية حتى تقسم قسمة واحدة، ولو كانت الأثواب الثلاثة مختلفة الجنس فهلك ثوبان: فله ثلث الثوب الباقي.

وكذلك الدور والرقيق.

قيل: هذا قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الثياب المختلفة عنده لا تقسم قسمة واحدة إلا بالتراضي، وعند عدم الرضا من شريكه: فالقاضي يقسم كل ثوب على حده.

وكذلك الدور المختلفة، وكذلك الرقيق عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا يرى الجبر على القسـمة في الرقيق وإن كانت من جنس واحد وهما يريان ذلك، قال بعض مشايخنا: على قياس قولهما يعطى للموصى له العبد الباقي والجارية الباقية والثوب الباقي والدار الباقية.

وقيل: هذا قول الكل؛ لأنه عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل تجوز القسمة، ويجوز له أن يميل إلى مذهب أبي حنيفة رحمه الله فقبل قسمة القاضي لم يكن الرقيق ملحقًا بالأمثال المتساوية عندهما فصار نظير الأجناس المختلفة كالثوب والرقيق والغنم فهلك اثنان: فللموصى له الباقي بِالْإِجْمَاعِ، كذا هنا.

رجل أوصى لرجل بوصية فقبوله ورده قبل موت الموصي باطل، وإنما يعتبر قبوله بعد الموت؛ لأن الوصية إيجاب بعد الموت فالقبول والرد قبل الموت قبول ورد قبل الإيجاب وذلك لا يعتبر، كمن قال لامرأته: أنت طالقٌ إذا جاء الغد بألف درهم فقبلت أو ردت في الحال: فهو باطل، ويعتبر قبولها في الغد في مجلس علمها.

وتجوز الوصية للجنين؛ لأن الوصية خلافة كالوراثة، والجنين يصلح وارثًا فكذلك يصلح موصى له، وبهذا تبين أن قبول الموصى له بعد موت الموصي ليس بشرط لثبوت الملك.

وكذلك القبض ليس بشرط حتى لو مات الموصى له قبل قسمة تركة الموصي صار نصيبه ميراثًا لورثته كالوارث إذا مات قبل قسمة التركة لكن لو رد الموصى له بعد موت الموصي تبطل الوصية؛ لأنه تمليك من وجه وهو الوصية، بخلاف الوراث إذا رد لا يبطل ميراثه؛ لأنه خلافة محضة.

ولو وهب للجنين شيئًا: لا يصح؛ لأن الهبة لا تفيد الملك بدون القبض، وإنما يقبض عنه من له ولاية عليه، ولا ولاية لأحد على الجنين.

ولو أوصى لرجل بما في بطن الحيوان أو الجارية يصح وهبه، وبيع ما في البطن لا يصح؛ لأن القدرة على التسليم ليس بشرط في الوصية، وإنها شرط في البيع والهبة ولا قدرة على ما في البطن لأحد.

والوصية لأهل الحرب باطلة؛ لأنا نهينا عن البر لأهل الحرب، وذكر في السير الكبير: أنه يجوز.

ووجه التوفيق: أنه ما ينبغي أن يفعل، ولو فعل صح.

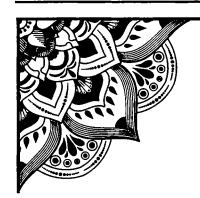
الْحَرْبِـيّ المستأمن إذا أوصى بجميع ماله لمسلم: صح؛ لأن حق ورثته ليس بمعصوم.

مريض له ستمائة درهم وجارية قيمتها ثلثمائة وهي ثلث ماله، فأوصى بالجارية لرجل، ثم مات الموصي فولدت الجارية ولدًا قيمته ثلثمائة قبل التسليم إلى الموصى له، عند أبي حنيفة رحمه الله: يعطى للموصى له جميع الجارية وثلث الولد؛ لأن الولد صار موصى به تبعًا للأم فتنفذ الوصية في كل الجارية تحصيلًا لغرض الموصي، ويكمل الثلث من ثلث الولد؛ لأنه صار موصى به تبعًا فجملة الوصية أربعمائة وتسلم للورثة ستمائة وثلثا الولد قيمته مائتان فجملته ثمانمائة فاستقام الثلث والثلثان.

وعندهما: يعطى من الجارية والولد من كل واحد ثلثاه؛ لأن الجارية قبل التسليم باقية على ملك الموصي فحصل الولد على ملك الموصي، فصار كأنه أوصى له بالجارية والولد مقصودًا وقيمتهما ستمائة، وله ستمائة درهم أخرى فجملته ألف ومائتان فثلثه أربعمائة فينفذ في قدر أربعمائة من الجارية والولد.

ولو ولدت بعد التسليم إلى الموصى له: فالجارية وولدها كلها له؛ لأنه حدث على ملكه.



باب اعتبار حالة الوصية

مريض أقر لامرأة أجنبية بدين، ثم تزوجها: صح الإقرار عندنا، خلافًا لزفر رحمه الله.

لنا: أن الإقرار يوجب الملك بنفسه وأنه ليس من جنس التبرع، ولهذا لو لم يتزوجها صح من جميع المال بِالْإِجْمَاعِ، وحين أقر كانتهي أجنبية فصح، وصار كما لو باع منها عينًا بمثل قيمته، ثم تزوجها ومات: صح البيع في الكل كذلك هنا.

ولو أوصى لها بوصية، أو وهب لهاهبة، ثم تزوجها ومات: بطلت؛ لأن الوصية تمليك لوقت الموت والهبة، وإن كانت تمليكًا للحال لكنه تبرع فيكون وصية أيضًا، وفي الوصية يعتبر وقت الموت ووقت الموت هي وارثة، والوصية للوارث باطلة.

ولو أقر المريض لابنه النصراني بدين، أو أوصى له بوصية، أو وهب له هبة فأسلم الابن، ثم مات الأب: فذلك كله باطل.

أما الوصية والهبة فلما ذكرنا.

وأما الإقرار؛ لأنه أقر لابنه وهو مريض: فلا يصح؛ وهذا لأن الابن وإن لم يكن مستحقًا للميراث وقت الإقرار ولكن الحال ليس حال استحقاق الإرث يعتبر أهلية الاستحقاق، والمعتبر أهلية الاستحقاق لإيراث التهمة، فكان المعتبر في التهمة نفس السبب والسبب قائم وهو البنوة؛ ألا ترى أن الابن لو كان مسلمًا لا يصح الإقرار، وإن لم يكن استحقاق الإرث ثابتًا قبل الموت لكن لما كان السبب قائمًا منع صحة الإقرار، كذا هذا.

بخلاف المرأة؛ لأنها كانت أجنبية وقت الإقرار حتى لو كانت منكوحة وهي نصرانية فأقر لها بدين، ثم أسلمت فمات الزوج: لا يصح لها الإقرار.

وإن كان الابن عبدًا أو مكاتبًا، ثم عتق، ثم مات الأب: فالوصية والهبة لا تصح؛ لما قلنا.

وأما الإقرار إن كان الابن مكاتبًا أو عبدًا وعليه دين مستغرق: ف لا يصح؛ لأنه إقرار له وهو ابنه.

وإن لم يكن عليه دين مستغرق: يصح؛ لأنه إقرار لمولاه وهو أجنبي عنه.

المقعد، والمفلوج، والمشلول إذا تطاول عليه ذلك فصار لا يخاف منه الموت فحكمه حكم الصحيح حتى يصح تبرعه من جميع المال وإقراره للوارث؛ لأنه صار ذلك طبعًا له، فإن صار صاحب فراش بعد ذلك ومات، صار بمنزلة حدوث المرض، ولو صار صاحب فراش في أول ما حدث له تلك العلة ومات في أيامه ذلك: فحكمه حكم المريض.

رجل أوصى بأن يعتق بهذه المائة عبد فهلك منها درهم ومات: لم يعتق عنه بما بقي في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يعتق عنه بما بقي.

وهذا بناء على أن عتق العبد حق العبد عند أبي حنيفة حتى يشترط دعوى العبد وقد تبدل الموصى له؛ لأن الموصى له بالعتق عبد يشتري بمائة، وهذا ليس كذلك.

وعندهما: العتق حق الله تعالى ولا يتصور عليه التعبير والتبدل فصار كما لو أوصى بأن يحج عنه بهذه الألف فهلك بعضه يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ بِالْإِجْمَاعِ فهذا كذلك عندهما.

فإن حج عنه وفضل شيء من المال: صرف ذلك إلى الورثة.

رجل أعتق عبده في مرضه ومات، والعبد لا يخرج من الثلث، وأجازت الورثة العتق: لا يسعى العبد في شيء؛ لأن الوصية بما زاد على الثلث تجوز بإجازة الورثة.

ولو أوصى بعتقه بعد موته فجنى العبد جناية خطأ قبل موته أو بعد موته، ودفع بالجناية: بطلت الوصية كما لو لحقه دين وبيع بالدين تبطل الوصية كذا هنا.

فإن فداه الورثة وجب تنفيذ الوصية بالعتق ويكون الفداء في أموالهم؛ لأنهم التزموا ذلك ولا سعاية لهم على العبد إن كان يخرج من الثلث.

العتق في المرض مقدم على سائر الوصايا؛ لأنه أقوى.

ولو أوصى لرجل بثلث ماله وأعتق عبده، فقال الورثة: العتق كان في المرض: فلا شيء للموصى له؛ لأنه لم يفضل من الثلث شيء بعد العتق.

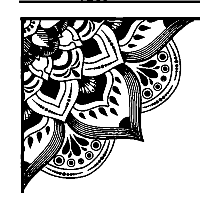
وقال الموصى له كان العتق في الصحة ولي ثلث مال الميت: فالقول قول الوارث؛ لأن الموصى له يدعي لنفسه حقًا في تركة الميت والوارث ينكره فكانت البينة على الموصى له واليمين على الوراث.

ولو قال: العبد للوارث أعتقني أبوك في الصحة، وقال رجل آخر: لي على أبيك ألف درهم دين، فقال الوارث: صدقتما ولا مال له سوى العبد: عتق العبد بغير سعاية في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأنه لما صدقهما معًا ثبت العتق في الصحة والعتق في الصحة يكون بغير سعاية وثبت الدين أيضًا لكن لم يبق من التركة شيء حتى يقضي به الدين.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: تجب السعاية على العبد ويقضى به الدين؛ لأن إسناد العتق إلى حالة الصحة لم يثبت بتصديق الوارث؛ لأنه اقترن به ما يمنع الإسناد وهو

الإقرار بالدين، فاقتصر العتق على حالة المرض، وصار كما لو أعتق عبده في مرضه وعليه دين فالدين أقوى لكن رد العتق متعذر فوجبت السعاية، والله تعالى أعلم بالصواب.






باب الوصية بثمرة البستان

رجل أوصى بثمرة بستانه فمات وفي البستان ثمرة: فالوصية تتناول هذه الثمرة الموجودة وقت موت الموصي، ولا تتناول ما يحدث بعد موته إلا إذا كان ذكر الأبد.

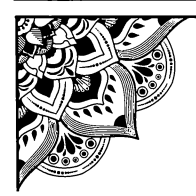
ولو أوصى بغلة ثمرة بستانه: فله الثمرة الموجودة، وما يحدث في المستقبل ما عاش وإن لم يذكر الأبد؛ لأن الثمرة اسم للموجود، والوصية إيجاب عند الموت فتتناول ما يكون موجودًا وقت الموت إلا أنه إذا قال: أبدًا، فحينئذٍ يتناول بقره الأبد ما يحدث في المستقبل، أما العلة كما تتناول الموجود تتناول ما يكون بغرض الوجود في العرف، يقال: لفلان غلة الدار، يراد به ما يدخل في ملكه كل شهر في المستقبل، ويقال: لفلان ثمرة البستان لا يفهم منه الثمرة التي تحدث في السنة القابلة والفرق ما يأتى من جهة العرف.

ولو أوصى بصوف أغنامه أبدًا، أو بأولادها أبدًا، وبألبانها أبدًا: فإنه يتناول ما يكون موجودًا يوم موت الموصي، ولا يتناول ما يوجد في المستقبل، وذكر الأبد وعدمه سواء؛ لأن المعدوم من هذه الأشياء لا يملك بعقد من العقود فلا يمكن أن يجعل مستحقًا بالوصية، بخلاف الثمرة والغلة فإنها تستحق بعقد المعاملة، فجاز أن تستحق بعقد الوصية عند ذكر الأبد، والله تعالى أعلم.









باب وصية الذمي

نصراني جعل داره بيعة أو كنيسة، ثم مات يورث عنه.

أما عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه بمنزلة الوقف ووقف المسلم لا يصح، فهذا أولى.

وعندهما: الوصية بما هو معصية عندنا باطلة فهذا أولى وإن أوصى بذلك.

فنقول: وصايا الذمي أنواع أربعة:

منها: ما يجوز بالاتفاق نحو الوصية بالإعتاق، وأن يسرج في بيت المقدس، أو يغزى الترك: فهو صحيح بِالْإِجْمَاعِ؛ لأن المعتبر عند أبي حنيفة رحمه الله أن يكون قربة عندهم، والمعتبر عندهما أن يكون قربة عندنا، وعندهم، وهذا قربة عندنا وعندهم.

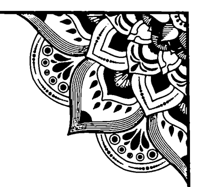
ومنها: ما لا يجوز بالاتفاق نحو الوصية للمغنيات والنائحات بغير أعيانهم؛ لأنه معصية عندنا وعندهم إلا إذا كان القوم معينين فحينئذٍ يصح بطريق التمليك ويعتبر من الثلث.

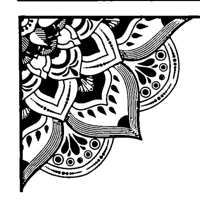
ومنها: إذا أوصى ببناء المساجد، أو بأن يسرج فيها، أو بأن يحج إلى بيت الله: لا يصح بالاتفاق؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله المعتبر أن يكون قربة عندهم، وهذا ليس بقربة عندهم، والمعتبر عندهما أن يكون قربة عندنا وعندهم ولم يوجد إلا إذا كان الوصية لقوم معينين فحينئذٍ تصح بطريق التمليك منهم.

ومنها: ما إذا أوصى ببناء البيعة أو الكنيسة، وأن يسرج فيها: جازت الوصية عند أبي حنيفة؛ لأنه يعتبر ديانتهم، وهم يعتقدون هذا قربة، وعندهما باطل؛ لما مر، والله أعلم.









باب بيع الأوصياء

الوارث إذا كان غائبًا فقاسم الوصي الموصى له عن الورثة: فهو جائز؛ لأن الوصي نائب عن الميت فيكون نائبًا عن الورثة أيضًا؛ لأن الورثة خلفاء الميت من كل وجه فمن كان نائبًا عن الميت يكون نائبًا عنهم.

ولو كان الموصى له غائبًا، فقاسم الوصي مع الورثة عن الموصى له: فهو باطل؛ لأن الموصى له ليس [بخليفة][1] الميت من كل وجه؛ ألا ترى أنه ثبت الملك بعقد التمليك فلم يكن نائبًا عن الميت، فلا يكون الوصي نائبًا عنه، فلم تصح المقاسمة، فلم يتميز نصيب الموصى له بالقسمة فبقي الثلث في يد الوصي بجهة الأمانة، فإذا هلك صار كأن لم يكن فكان للموصى له أن يرجع بثلث ما في يد الورثة.

ولو رفع الورثة الأمر إلى القاضي فقسم القاضي وأفرز نصيب الموصى له الغائب: صحت القسمة؛ لأن للقاضي ولاية على مال الغائب، بخلاف الوصي.

والوصية للغائب صحيحة؛ لما ذكرنا أن قبوله ليس بشرط، ثم ذكر مسألة الوصية بالحج وقسمة الوصي مع الورثة، وقد مر هذا في كتاب المناسك.

رجل أوصى إلى رجل فقبل في حال حياة الموصى، فمات الموصي: لزمته الوصاية حتى لو رد الوصاية بعد موته، أو قبل موته لكن في غير وصية: لم يصح رده؛ لأن الموصي اعتمد على قبوله ولم يجعل غيره وصيًا، فلو صح الرد يتضرر الموصي.

---

(١) في النسخة (ب) خلفًا.

فإن رده في وجهه: صح الرد؛ لأنه لا ضرر له فيه وهو متبرع فيه فصح رده.

فلو لم يرد ولم يقبل حتى مات الموصي فباع شيئًا من تركته: فقد لزمته الوصاية، ونفذ البيع سواء علم بالوصاية أو لم يعلم.

أما إذا علم؛ لأنه دلالة القبول، وأما إذا لم يعلم؛ لأن العلم ليس بشرط لصيرورته وصيًا كما أنه ليس بشرط لصيرورة الوارث وارثًا.

وإذا صار وصيًا قبل العلم نفذ بيعه ولزمته الوصاية حكمًا لنفاذ البيع، بخلاف الوكيل حيث لا يصير وكيلًا قبل العلم، ولا يجوز بيعه؛ لأن التوكيل إثبات الولاية وكان القبول فيه شرطًا ولا قبول بدون العلم.

ولو أخبره إنسان بالوكالة: صح حرًا كان أو عبدًا فاسقًا كان أو عدلًا بالغًا كان أو صبيًا عاقلًا؛ لأن هذا خبر لا يلزمه شيئًا، فإن الوكيل مخيرٌ بين أن يفعل أو لا يفعل، فلا يشترط فيه شرائط الإلزام وهو العدد أو العدالة.

فإن أخبره الفضولي بالعزل فلا بد من العدد أو العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه خبر ملزم فإنه يلزم الامتناع من التصرف فيكون شبيها بالشهادة فيشترط أحد وصفي الشهادة إما العدد أو العدالة.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: هذا والخبر بالوكالة سواء؛ لأنه من باب المعاملة وليست بشهادة؛ ولهذا لا يشترط لفظ الشهادة ومجلس القضاء وصار كما لو كان المخبر رسول لا يشترط العدد والعدالة، كذا هنا، وعلى هذا الخلاف المولى إذا أخبر بجناية العبد، ثم أعتقه أو باعه أو الشفيع إذا أخبر بالشفعة فسكت، أو البكر إذا أخبرت بإنكاح الولي فسكتت، أو الذي أسلم في دار الحرب إذا أخبر بالشرائع، فعند أبي حنيفة رحمه الله لا بد من العدد والعدالة حتى يصير المولى مختارًا للفداء في

جناية العبد، ويبطل حق الشفيع بالسكوت وعدم الطلب، ويكون السكوت رضا في حق البكر، ويلزم الشرائع إذا أسلم.

وعندهما: لا يشترط العدد والعدالة.

رجل أوصى إلى رجل فلم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي، ثم قال عند القاضي: لا أقبل، ثم قال: أقبل: صح قبوله إلا أن يخرجه القاضي عن الوصاية برده؛ لأن رده لم يعمل قبل أن يخرجه القاضي عن الوصاية فصح قبوله بعد ذلك.

الوصي إذا باع عبدًا من التركة بغير محضر الغرماء ـ يريد به غرماء الميت ـ : **جاز**؛ لأن حقهم في مالية التركة، وبالبيع لا تفوت المالية، فصار كما لو باعه الموصي في حياته يجوز كذا ههنا.

بخلاف ما إذا كانت الديون على العبد فباعه المولى أو الوصي حيث كان للغرماء نقض البيع إن لم يف الثمن بديونهم؛ لأن لهم حق استسعاء العبد والبيع يبطل ذلك.

أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف في مال الصغير فيما يبتني على الولاية نحو البيع والشراء للاسترباح وقبض الدين في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفي قول أبي يوسف رحمه الله: ينفرد.

وأجمعوا أنه ينفرد أحدهما فيما لا يبتني على الولاية؛ كشراء الطعام، والكسوة للصغير، وشراء الكفن، وقضاء الديون ورد الودائع، والغصوب، وجميع الأموال الضائعة، ويقع ما يتسارع إليه الفساد، وفسخ البيع الفاسد، وتنفيذ الوصية بشيء بعينه أو إعتاق عبد بعينه؛ لأن هذه الأشياء مما لا يحتاج فيه إلى الرأي فينفرد أحدهما.

وصي الأب يملك على الكبير الغائب بيع العروض؛ لأنه يملك حفظ ماله وهذا من الحفظ

ولا يملك بيع العقار، ولا التجارة في ماله؛ لأنه ليس من جملة الحفظ؛ لأن العقار محفوظ بنفسه فكان من باب الولاية.

وليس للأب ولاية التصرف في مال ابنه الكبير الغائب فالوصي أولى.

ويملك إجارة عبده ودابته للنفقة؛ لأنه يملك النفقة على هولاء؛ لأنه من جملة الحفظ.

ولو خيف هلاك العقار وهلاك بناء الدار لو قبل أنه يملك البيع: لا يبعد؛ لأنه من الحفظ.

ويملك وصي الأب التجارة في مال الصغير ويملك بيع عقاره؛ لأن له ولاية في مال الصغير كالأب.

ووصي الأخ والعم والأم في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب على الكبير الغائب، ويملك على الصغير ما كان من الحفظ، فيملك شراء الطعام والكسوة والنفقة؛ لأنه من الحفظ، ثم ذكر مسائل ذكرها من قبل فلم نذكرهاهـاهنا.

وإذا أراد أن يكتب الكاتب كتاب الوصاية والشراء ينبغي أن يكتب للوصاية كتابًا على حدة وللشراء كتابًا على حدة؛ لأنه لو ذكرهما في كتاب واحد فربما يكتب الشهادة في آخر الصك من لم يشهد الإيصاء، ثم يشهد عند القاضي بجميع ما في الصك فيكون حملًا له على الكذب.

ويقسم القاضي كل شيء بين اثنين إلا الرقيق.

والجملة في هذا أن المال المشترك إن كان شيئًا لا تتفاوت أبعاضه نحو الكيلي والوزني كالحنطة والشعير والدهن والقطن أو الدراهم أو الدنانير وكل ما يكون مثليًا ينفرد أحدهما بالقسمة من غير رضا صاحبه، ومن غير القاضي؛ لأن القسمة من هذه

الأشياء إفرازًا حكمًا من كل وجه؛ لأنه لم تتفاوت أبعاضه فلا ضرر لصاحبه في ذلك فكان الآخر في إباء القسمة متعينًا محضًا.

وإن كان سببًا يحتمل أن تتفاوت أبعاضه كالثياب من صنف واحد والدار الواحدة والأرض الواحدة، أو تكون أراضي متساوية في الاستغلال أو الدور في المنعة؛ لا ينفرد أحدهما بالقسمة بنفسه لكن يرفع الأمر إلى الـقاضي، فيجوز للقاضي أن يقسمها من غير رضا الآخر؛ لأن التفاوت بين الثياب من صنف واحد، أو في أرض واحدة، أو في دار واحدة مما يقل، فيكون للقاضي أن يلحقها بذوات الأمثال قطعًا للمنازعة وتكميلًا للمنفعة بالقسمة.

وإن كان شيئًا يتفاوت تفاوتاً فاحشًا كالثياب المختلفة الجنس بأن كان بعضها كرباسًا وبعضها ديباجًا وبعضها توريًزيا أو كتانًا ونحوه أو كانت دورًا مختلفة أو أراضي مختلفة أو عبيدًا أو جواري فطلب أحدهما القسمة من القاضي، وأبى الآخر، عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يقسم القاضي ذلك إلا برضا الآخر، وعندهما يقسم.

ثم عندهما: إن رأى القاضي النظر بأن يجمع نصيب كل واحد في دار، وفي ثوب، وفي عبد أو في جارية فعل ذلك ويراعي التسوية في القيمة.

وإن رأى أن يقسـم كل دار على حدة فعل ذلك، وفي الرقيق يجعل كل رقيق لواحد، ويراعي التسوية في القسمة.

وأبو حنيفة رحمه الله يأبى هذا؛ لأن هذه القسمة بيع من كل وجه في نصيب صاحبه ولا يجري الجبر على البيع.

وأجمعوا أن التركة إذا كانت أجناسًا بأن كان بعضها رقيقًا، وبعضها ثيابًا، أو بعضها دوابًا نحوها لا يجري الجبر على القسمة.

ووصي الأب أحق بمال الصغير من الجد؛ لأن الأب كان مقدمًا على الجد فكذا وصيه.

وصيان شهدا للوارث الصغير بمال: لم يجز، سواء شهدا له بمال الميت أو بغير مال الميت؛ لأنهما يثبتان لأنفسهما حق التصرف فتكون شهادته لنفسه من وجه فلا تقبل.

ولو شهدا للوارث الكبير فإن شهدا بغير مال الميت: يجوز بالاتفاق؛ لأنه لا حق لهما في المشهود به.

وإن شهدا له بمال الميت: لم يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنهما يثبتان لأنفسهما حقًا وهو حق تصرف الحفظ.

ولا تقبل شهادتهما؛ لأنه لا ولاية لهما في مال الوارث الكبير حال حضرته حفظًا وغيره.

رجلان شهدا لرجلين على ميت بألف درهم وشهد المشهود لهما للشاهدين بمثل ذلك: جازت شهادة الكل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه لا تركة لكل فريق فيما شهد به للفريق الآخر، فإن كل دين يثبت في الذمة ولا تضايق فيها؛ ألا ترى أنه لو تبرع إنسان بقضاء دين أحدهما ليس للآخر أن يشاركه فيه، وصار كما لو شهد كل فريق للفريق الآخر حال حياة المشهود عليه وصحته تقبل شهادة الكل كذا هنا، وكما لو شهد كل فريق للفريق الآخر بعين أخرى.

وقال أبو يوسف رحمه الله: شهادة الفريقين باطلة؛ لأن دين كل فريق لو ثبت بعد موته أو في مرض موته يتعلق بتركته فيثبت لهما شركة في المشهود به وذلك يوجب بطلان الشهادة، وذكر الخصاف قول أبي حنيفة مع أبي يوسف.

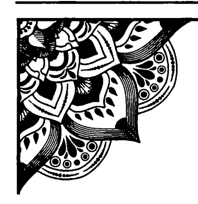
ولو شهد كل فريق للآخر بالوصية بثلث مال الميت، أو ربع مال الميت، أو شهد كل فريق لصاحبه بالوصية بألف مرسلة، أو شهد أحدهما بالوصية بعين للفريق الآخر وشهد الفريق الآخر للأولين بثلث مال الميت وصية أو على العكس: لم يقبل بِالْإِجْمَاعِ؛ لأن في هذه المواضع تثبت الشركة بين الفريقين في تركة الميت.

رجل أوصى إلى ذمي أو على عبد: فهو باطل.

وذكر في كتاب القسمة أنه صحيح.

ووجه التوفيق: أنه صحيح لكن القاضي يبطله ويخرجهما عن الوصاية؛ لأن هذا من باب الأمانة، ولا يؤتمن الكافر على المسلم والعبد مشغول بخدمة المولى فلا يؤمن من التقصير، والله تعالى أعلم.







باب البازي

ولا بأس بأكل صيد البازي وإن أكل شيئًا منه؛ لأن البازي لا يحتمل الضرب، فكان علامة تعلمه الإجابة عند الدعوة.

والكلب والفهد إذا أكلا بعض الصيد: لم يؤكل عندنا؛ لأن علامة تعليمهما أن لا يأكل؛ لأنه يحتمل الضرب فإذا أكل يضرب حتى يتعلم فلا يأكل الدليل عليه أن الله سبحانه وتعالى شرط إلى صيد الكلب الإمساك لصاحبه بقوله عز وجل: ﴿ فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ ﴾ [المائدة: ٤]، والله سبحانه وتعالى أعلم أي لكم.

وكل شيء علمته في ذي ناب من السباع، وذي مخلب من الطير نحو الباشق والشاهين: لا بأس بأكل صيده إذا جرح؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا عَلَّمۡتُم مِّنَ ٱلۡجَوَارِحِ ﴾ [المائدة: ٤] وهذه الأشياء جوارح.

وعن أبي يوسف: أنه استثنى من هذه الجملة الدب والأسد؛ لأن الأسد لعلو همته قلما يعمل لغيره، والدب لخساسته كذلك، حتى قيل: إن الأسد لا يثب أكثر من ثلاث وثبات فإن قدر وإلا فيترك.

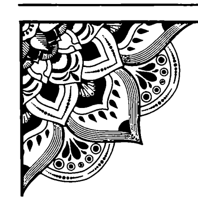
ولا خير فيما سوى ذلك.

يريد به كلبًا غير معلم.

إلا إذا أدركه حيًا فيذكيه فيحل؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيۡتُمۡ ﴾ [المائدة: ٣]، والله سبحانه وتعالى أعلم.







باب مسائل لم تدخل في الأبواب

أخرس قرئ عليه كتاب الوصية، فقيل له: أتشهد بما فيه، فأومئ برأسه أي نعم، أو كتب ذلك،فإن كان ذلك معهودًا معروفًا منه بحيث يعرف ويفهم أنه إقرار: فهو جائز؛ لأنه عاجز عن العبارة فأقيمت الإشارة مقام العبارة.

بخلاف ما إذا أعتقل لسانه أو صمت يومًا: حيث لا تعتبر إشارته؛ لأنه أمر عارض لم تصر إشارته معروفة، حتى قال مشايخنا رحمهم الله: إذا تطاول أعتقال لسانه وعرفت إشارته: يجوز.

وتجوز إشارة الأخرس وكتابته في النكاح، والطلاق، والعتاق، والبيع، والشراء، وفي قصاص: يجب له أو عليه؛ لأن عجز الأخرس فوق عجز الغائب، وكتاب الغائب أقيم مقام النطق، فهذا أولى، ودلت المسألة على أن إشارة الأخرس معتبرة، وإن كان يقدر على الكتابة.

وكتاب الغائب غير معتبر في قصاص يجب عليه، وكتاب الأخرس معتبر؛ لأن في الغائب يتوسل إلى النطق في الثاني أما في الأخرس فلا.

ثم الكتابة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون مرسومًا مستبينًا كالكتابة على الكاغد، واللوح، وذلك بمنزلة النطق.

والثاني: مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار، والتراب، أو على الكاغد؛ لا

على وجه الرسم وذلك ليس بحجة بِالْإِجْمَاعِ.

والثالث: غير مستبين ولا مرسوم كالكتابة على الهواء والماء وذلك ليس بشيء؛ لأنه بمنزلة كلام غير مسموع.

ولا يحد الأخرس بالقذف بالإشارة، ولا حد عليه بإقراره بطريق الإشارة أيضًا؛ لأنه لا يخلو عن الشبهة.

وكذلك لو قذفه إنسان: لا حد عليه؛ لأنه يحتمل التصديق وإشارته بتكذيب القاذف لا تخلو عن الشبهة أيضًا.

أغنام بعضها مذبوحة، وبعضها ميتة، وتعذر التمييز، فإن كانت المذبوحات أكثر: يجوز التحري عندنا.

خلافًا للشافعي.

لنا: أن في القليل ضرورة؛ لأن أموال الناس لا تخلو عن قليل حرام، فلو لم يجز التحري يقع الناس في الحرج؛ لكنه لا يباح بدون التحري؛ لأنه أمكن الوصول إلى الحلال ظاهرًا بالتحري.

ويكره أن يلبس الصغار من الذكور الحرير والإثم على من ألبسهم؛ لأن النص المحرم لا يفصل بين الصغير والكبير.

رجل آجر بيته من ذمي ليتخذه بيعة، أو كنيسة، أو بيت نار، أو يباع فيه الخمر، فإن كان في السواد: لا بأس به عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن إجارة البيت تكون للسكنى والمعصية تحصل باختيارهم لا بحكم العقد.

وقالا: يكره؛ لأنه إعانة على المعصية وهذا في سواد الكوفة؛ لأن الغلبة فيها لأهل الذمة، أما في سوادنا يمنعون عن ذلك، وفي المصر يمنعون عن ذلك بكل حال، إلا ما

كان قديمًا لهم؛ ولذلك يمنعون عن بيع الخمور مجاهرة؛ إعزازًا للدين.

ولا يعق عن الغلام والجارية.

يريد به أنه مباح وليس بسنة عندنا، خلافًا للشافعي(١).

له: «أن النبي عليه السلام عق عن الحسن والحسين رضي الله عنهما كبشًا كبشًا»(٢).

ولنا: ما روي عن علي رضي الله عنه، أنه قال: نسخت الأضحية كل دم قبلها والعقيقة كانت قبلها كالعتيرة.

والعقيقة كانت في الجاهلية، وهي: الوليمة كانوا يفعلون عند حلق رأس الصبي بعد ولادته بسبعة أيام، ويرون ذلك من القرب والواجبات.

والعتيرة: شاة كانوا يذبحوها في رجب.

وقال عليه السلام «إن الله سبحانه وتعالى كره لكم العقوق فمن ولد له ولدٌ وأحب أن ينسك فلينسك عن الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة»(٣).

فدل ذلك على نسخ العقيقة.

ويكره النقط(٤) **والتعشير**(٥) **في المصحف**؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه: جردوا المصاحف، ولأنه يعتمد على النقط.

---

(١) جاء في اللباب في الفقه الشافعي: (ص٣٩٦) العقيقة سنَّة؛ للغلام شاتان، وللجارية شاة.

(٢) أخرجه أبو داود برقم: (٢٨٤١)، والترمذي برقم: (١٥١٤)، والنسائي برقم: (٤٢١٣).

(٣) أخرجه أبو داود برقم: (٢٨٤٢)، والنسائي برقم: (٤٢١٢).

(٤) أي نقط المصحف وهو إظهار إعرابه. مجمع الأنهر: (٢/ ٥٥٤).

(٥) **التعشير**: أن يجعل على كل عشر آيات من القرآن العظيم علامة. مجمع الأنهر: (٢/ ٥٥٤).

ولا يكثر جهده في التعلم، ومشايخنا رحمهم الله لم يروا به بأسًا؛ لأن العجم لا يمكنهم تعلم القرآن وتلاوته إلا بذلك.

سلطان كافر قال لمسلم: لتكفرن بالله أو لأقتلنك يرخص له الإجراء على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان، والترك حتى يقتل أفضل؛ لأنه عزيمة والإجراء رخصة، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦]، قيل: الآية نزلت في عمار بن ياسر حين انفلت من كفار مكة، فقال: يا رسول الله ما تركوني حتى نلت منك، فقال عليه السلام: كيف تجد قبلك؟ قال: مطمئنًا بالإيمان، فقال ﷺ: إن عادوا فعد؛ لكن مع هذا الصبر أولى حتى لو قتل كل شهيدًا؛ ألا ترى أن خبيبًا سيد الشهداء صبر عما فعله عمار حتى قتل فكان شهيدًا حتى قال عليه السلام: أخذ عمار بالجواز وذلك بالثقة.

ولو أكره على الزنا، أو على قتل مسلم: لا يرخص له ذلك بحال.

ولو أكره على شرب الخمر: يباح له ذلك، حتى لو لم يشرب كان شريك دمه؛ لأن الخمر كان مباحًا في وقت، فجاز أن يباح حالة الإكراه، وكذلك حالة المخمصة، أما الزنا، وقتل المسلم لم يكن مباحًا بحال.

الصبي إذا احتقن باللبن لا تثبت به حرمة الرضاع؛ لأنه ليس سببًا للنشوء، قال عليه السلام: «الرضاع ما أنبت اللحم»(١).

ويفسد الصوم؛ لأنه يتعلق بدخول شيء من الظاهر إلى الجوف وقد وجد.

الإمام يأمر أهل الذمة بإظهار الْكُسْتِيجَاتِ(٢) وهي علامات أهل الكفر.

---

(١) أخرجه أبو داود برقم: (٢٠٥٩)، والدارقطني برقم: (٤٣٦١).

(٢) **الْكِسْتِيجُ**: خيط غليظ بقدر الأصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الإبريسم. العناية شرح الهداية: (٦/ ٦٠).

إظهارًا لذل الكفر؛ ولهذا لا يجوز السلام عليهم إلا عند الضرورة.

ويلجأون إلى أضيق الطرق، ولا يمكنون من الركوب على الدواب.

صيانة لقلوب فقراء المسلمين.

فإن ألجأته الضرورة لهم إلى الركوب في الرساتيق: لا يركبون على السرج؛ لأن ذلك للغزاة، ولهذا يكره للنساء الركوب على السرج؛ لأنهم ليس من أهل الجهاد لكن يتخذون كهيئة الأكف، فإذا دخلوا المصر ينزلون.

وكذلك يمنعون أن يلبسوا مثل لباس العلماء وأهل الصلاح.

إهانة لهم.

الجهاد واجب على المسلمين؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ ﴾ [التوبة: ٢٩] إلى آخر الآية.

وقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»[1] إلا أن بعض المسلمين في سعة من القعود إذا لم يكن النفير عامًا، وقام به بعض المسلمين؛ لأنه فرض كفاية إذا قام به البعض يسقط عن الباقين، ولأن في تكليف الكل انقطاع أهل الجهاد؛ لانقطاع مادته من الكراع والسلاح وغيره، فإذا صار النفير عامًا صار فرضًا على كل مسلم؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ ٱنفِرُواْ خِفَافٗا وَثِقَالٗا ﴾ [التوبة: ٤١] الآية، والله تعالى أعلم بالصواب.

قال رضي الله عنه وعن أسلافه: وقع ختم الكتاب بترتيب العبد الضعيف العتابي ـ نور الله قبره وبيض مضجعه ـ، قاصدًا به تيسير هذا الكتاب على المتعلمين؛ لكثرة رغبتهم إليه، وقلة فهمهم، ووقوفهم على مواضعه، حملني ذلك أن أكتب على الترتيب

---

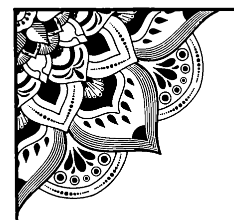
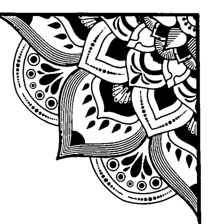
(١) أخرجه البخاري برقم: (٣٩٢)، ومسلم برقم: (٢١).

الذي كتبه أستاذي الصدر الشهيد حسام الدين تغمده الله تعالى بالرحمة؛ لكنه رحمه الله لم يبالغ في بسط بعض المعاني منها، وكان غرضه أن يبالغوا في اجتهادهم بالتكرار، وأن يتميز به العاقل الذي تلمذ من العلماء وتلقف من الكبراء، من العاقل الذي يجترئ بتدريسه من غير أن درس على المشايخ، وإني لما رأيت قلة مبالاتهم بذلك حملني ذلك أن أشرح غوامضه، وأبين دقائقه، وأزيد حقائقه طلبًا للتسهيل، رجاء الثواب الجزيل من العزيز الجليل.

والحمد لله رب العالمين، والصلاة على خير خلقه سيد المرسلين وخاتم النبيين رسول الرحمة رحمة العالمين، ارزقنا شفاعته والمسلمين قبل ذوق العقوبة في الدنيا والعقبى آمين يا رب العالمين.

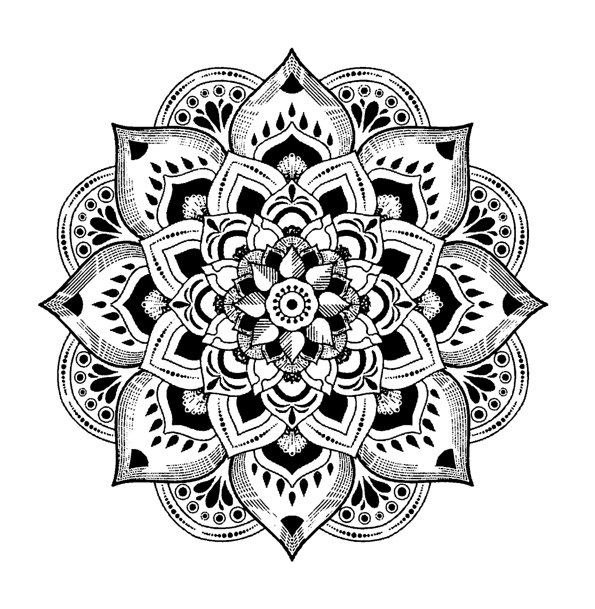
والله الهادي للعباد إلى طريق الرشاد كتبه لنفسه العبد الضعيف أبو بكر بن جبير خان الحنفي بسفح جبل قاسيون ظاهر مدينة دمشق حرسها الله وكان الفراغ منه ليلة الاثنين ثاني عشر صفر سنة تسع عشر وستمائة. والله أعلم.

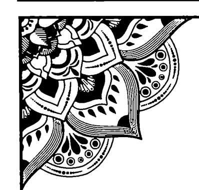


فهرس الموضوعات






فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة



